Die Haftung

des

veräußernden gutgläubigen Besitzers.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

in der

juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München

von

Raimund Lurz

Rechtspraktikant in Bayreuth.

Bayreuth.

Lorenz Ellwanger, vorm. Th. Burger.

1896.

Die Haftung

des

veräußernden gutgläubigen Besitzers.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

in der

juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München

von

Raimund Lurz

Rechtspraktikant in Bayreuth.

Bayreuth.
Lorenz Ellwanger, vorm. Th. Burger.
1896.

Die Heilung

des

verdorbenen entgliedrigen Magens.

I.

Einleitung.

Die Haftung des veräußernden gutgläubigen Besitzers einer fremden Sache wurde in neuerer Zeit vielfach zum Gegenstande eingehender Untersuchungen gemacht, seitdem sie Ihering, zuerst in seinen Abhandlungen aus dem römischen Recht 1844 (S. 73 ff.), in den Vordergrund des Interesses gestellt hat. Allein bis heute hat die Frage eine allgemein befriedigende Lösung nicht gefunden.

Der Eigentümer einer Sache kann gegen den Besitzer derselben einen Anspruch zweifacher Natur auf Herausgabe der Sache haben: einen obligatorischen oder einen dinglichen. Gegenüber dem obligatorischen Anspruch ist die Haftung des Schuldners auf Rückgabe je nach Verschiedenheit des obligatorischen Verhältnisses, auf das sich die Verpflichtung gründet, eine mehr oder weniger strenge,[1]) und darnach bestimmt sich, ob und inwieweit der Schuldner, der durch unberechtigte Verfügung über die fremde Sache sich die Möglichkeit der Rückgabe abgeschnitten hat, hiefür ersatzpflichtig geworden ist. Trifft den Verpflichteten eine Schuld, so hat er in der Regel dem Eigentümer statt der unmöglich gewordenen Naturalleistung ein Geldäquivalent, bestehend im Betrag des Interesses, zu gewähren.[2]) Was insbesondere den Fall doloser Veräußerung seitens des dinglich und obligatorisch oder bloß dinglich verhafteten Nichteigentümers anlangt, so steht hier dem Eigentümer die actio negotiorum gestorum directa auf den Erlös resp. auf Klagencession zu gemäß l. 5. 5 (6. 3) D. 3. 5[3]). Auch im Falle nicht

[1]) Windscheid § 265, 1—5, Dernburg II § 36 f., l. 23 D. 50. 17.

[2]) Ob die Beschränkung der l. un. C. 7. 47 noch gilt, ist streitig, Dernburg II § 45 Anm. 16.

[3]) Zimmermann, echte und unechte negotiorum gestio § 5 S. 27 ff.

doloser Veräußerung kann der Eigentümer die Wahl haben zwischen dem Interessenanspruch und dem Anspruch auf den Erlös resp. Klagencession: so wenn ein Mandatar fahrlässiger Weise gegen seine Instruktion verkauft hat und die Sache infolge des Verkaufs für den Mandanten verloren ist. Wenn dagegen die Veräußerung dem Schuldner nicht zur Last gelegt werden kann, so ist er von seiner Verpflichtung frei geworden und unterliegt einem Anspruch des Eigentümers in der Regel nicht mehr; jedoch kann er, falls die Veräußerung gegen Entgelt vorgenommen worden war, nach Maßgabe der l. 1. 47, l. 2 D. 16. 3 zur Herausgabe des vereinnahmten Kaufpreises oder zur Cession der Klage auf den Kaufpreis vom Eigentümer genötigt werden.[1])

Ungleich schwieriger ist die Frage zu beantworten, wie die Haftung des veräußernden Besitzers einer fremden Sache sich gestaltet, wenn dem Eigentümer gegen denselben nicht ein obligatorischer, sondern nur ein dinglicher Anspruch auf Herausgabe der Sache zustand. Auch hier scheiden zunächst einige Fälle aus, welche nicht in den Rahmen der gegenwärtigen Erörterung gezogen werden sollen, da ihre Behandlung eine feststehende ist; sie sind hier nur kurz zu erwähnen.

Wer in Kenntnis des fremden Eigentumsrechtes eigennützig über eine fremde bewegliche Sache verfügt, insbesondere wer sie veräußert, begeht ein furtum[2]) und haftet dem Eigentümer als fur, gleichgiltig, ob der Eigentümer mittelst der reivindicatio sich die Sache wieder verschaffen kann oder nicht. Auch wenn ein furtum nicht vorliegt, kann gegen den früheren Besitzer, der sich in böser Absicht des Besitzes der Sache entäußert hat, qui dolo desiit possidere (l. 36 pr. 1 D. 6. 1), als fictus possessor im Wege der reivindicatio vorgegangen werden; dieser Anspruch ist ebenfalls als ein deliktischer, wenn auch in Form des Eigentumsanspruchs, aufzufassen.[3])

---

[1]) Vgl. Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht I S. 109 N. 4.

[2]) Landsberg, das furtum des bösgläubigen Besitzers S. 199, § 3 i. f. J. II. 6.

[3]) Windscheid § 193 Anm. 8. (Bei der condictio furtiva haften die Erben strenger als bei der reiv. gegen den fictus p., l. 7. 2, l. 9 D. 13. 1; l. 52 D. 6. 1. — Arndts § 104 Anm. 2).

Nach anderen Grundsätzen, welche in l. 20. 6 c D. 5. 3 formuliert sind, bestimmt sich die Haftung des Veräußerers fremder Sachen gegenüber der hereditatis petitio.[1]) Der unredliche Besitzer soll dem Kläger allen Gewinn herausgeben, den er aus der Sache gezogen hat, und ihm den durch sein Verhalten erwachsenen Schaden ersetzen. Der gutgläubige Erbschaftsbesitzer dagegen wird wie ein negotiorum gestor behandelt und soll weder einen Nutzen (l. 28 D. 5. 3) noch einen Nachteil (l. 25. 11 D. eod.) aus dem Besitze haben; deshalb hat er insbesondere den für veräußerte Sachen vereinnahmten Kaufpreis dem wahren Erben herauszugeben, jedoch nur soweit er an ihn gekommen und bei ihm verblieben ist; mit anderen Worten, soweit der Beklagte im entscheidenden Zeitpunkt der Urteilsfällung noch bereichert ist.[2]) Anerkanntermaßen lassen sich die für die Behandlung des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers geltenden Sätze auf den gutgläubigen Veräußerer einer Einzelsache nicht ohne weiteres übertragen, vielmehr sind dieselben ein im Laufe der Rechtsentwicklung entstandenes und im S.-C. Iuventianum unter Hadrian (129 n. -Chr.) gesetzlich fixiertes Sonderrecht,[3]) über dessen Grund die Ansichten aus einander gehen.[4])

Auch vom Fiskus, dem Regenten und der Regentin vorgenommene Veräußerungen fremder Sachen unterliegen einem besonderen Rechte; entgegen dem fundamentalen Princip des römischen Rechtes, daß niemand auf einen anderen mehr Recht übertragen könne als er selbst hat, erwirbt der Dritte an der vom Fiskus oder dem Regenten veräußerten fremden Sache das Eigentum,[5]) während das bisherige Eigentum und die bisher an der Sache

---

[1]) Lammfromm, zur Geschichte der Erbschaftsklage.

[2]) l. 36. 4 D. 5. 3; Windscheid § 612 Anm. 15.

[3]) Windscheid § 612 Anm. 6, vgl. auch Göppert, organische Erzeugnisse S. 356, Köppen, der Fruchterwerb des bonae fidei possessor Anm. 28, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß N. F. IV S. 96; dagegen behauptet Witte, Bereicherungsklagen § 41 a. Anf., durch das S.-C sei die Haftung des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers erst eingeführt worden, s. auch Jahrbücher für Dogmatik XVI S. 260 f.

[4]) Vgl. Jahrbücher für Dogmatik IV S. 233, Pfersche, Bereicherungsklagen S. 75.

[5]) l. 2, l. 3 C. 7. 37; § ult. J. II. 6; auf Bayern ist dieses Privilegium unanwendbar, da es mit Titel IV § 8 der Verfassungsurkunde in Widerspruch steht.

haftenden dinglichen Rechte erlöschen, ohne daß den Geschädigten ein Anspruch gegen den neuen Erwerber erwächst. Nach der herrschenden Meinung ist nicht einmal notwendig, daß die fremde Sache durch den Fiskus in gutem Glauben veräußert wurde.[1] Dagegen steht demjenigen, der durch die Veräußerung ein Recht verloren hat, insbesondere also dem seitherigen Eigentümer, ein binnen vier Jahren geltend zu machender Anspruch auf Entschädigung gegen den Veräußerer zu;[2] der Kläger wird also gezwungen, sich mit einer Entschädigung in Geld zufrieden zu geben.

Durch die vom Fiskus vorgenommene Veräußerung einer fremden Sache geht, wie eben erwähnt, das bisherige Eigentum unter, wird die Vindikation rechtlich unmöglich gemacht. Von diesem singulären Falle abgesehen kann der Eigentümer, dessen Sache von einem Unbefugten veräußert wurde, so lange dieselbe überhaupt noch existiert und nicht etwa durch besondere Umstände die reivindicatio unmöglich geworden ist, sein Recht gegen jeden Besitzer geltend machen und im Wege der Eigentumsklage die Herausgabe seiner Sache verlangen.[3]

Allein die reivindicatio kann, wenn sie auch durch die Veräußerung seitens eines unbefugten Besitzers an sich nicht ausgeschlossen ist, doch hinterher aus faktischen oder rechtlichen Gründen verschiedener Art wegfallen. Am leichtesten ist diese Möglichkeit gegeben bei Geldstücken, an denen ein Dritter das Eigentum erwirbt, sobald er sie mit seinem Gelde ununterscheidbar vermischt (l. 78 D. 46. 3); andere Sachen können dem Eigentümer entzogen werden durch nebensächliche Verbindung oder Neugestaltung seitens

---

[1]) Dernburg I § 212 Anm. 7.

[2]) S. die citierten Stellen, ferner Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Band 19 S. 20, Jahrbücher für Dogmatik Band 16 S. 276, Motive zum Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuchs 1888 III S. 341.

[3]) Nur wird durch l. 25. 17 D. 5. 3 dem Erben die Vindikation der vom gutgläubigen Erbschaftsbesitzer veräußerten Erbschaftssachen nicht gestattet, wenn der Sachbesitzer im Eviktionsfalle den Regreß gegen den Veräußerer hat, s. Windscheid § 612 Anm. 15. Wenn auch Ulpian in l. 25. 17 cit. vielleicht „licet", nicht „nisi" geschrieben haben mag, so darf man doch annehmen, daß die Lesart „nisi" die von den Kompilatoren gewollte ist. Vgl. Francke, Kommentar zu D. 5. 3, ad hanc legem; dazu auch Joseph, Jahrbücher für Dogmatik Band 16 S. 213 ff.

eines gutgläubigen Dritten oder — und dieser Fall ist von besonderer Bedeutung — durch Ersitzung. Ebenso ist die Vindikation abgeschnitten durch Untergang der Sache, sowie dadurch, daß der Besitzer derselben nicht auffindbar ist und daher nicht auf Herausgabe belangt werden kann.

Da begreift es sich denn, daß die römischen und noch mehr die heutigen Juristen sich der Frage zuwendeten, ob der Eigentümer, beziehungsweise der gewesene Eigentümer den früheren Besitzer seiner Sache, welcher dieselbe veräußert und dafür ein Entgelt empfangen hat, in Anspruch nehmen könne, auch wenn derselbe nicht bösgläubiger, sondern gutgläubiger Besitzer war und in bona fide gehandelt hat. Aber auch die Frage wurde aufgeworfen, ob der Eigentümer, wenn ihm die Möglichkeit der Vindikation noch nicht benommen ist, befugt sei, unter Verzicht auf die Wiedererlangung der Sache sich an den gutgläubigen Veräußerer zu halten.

Die Quellen lassen uns darüber nicht in Zweifel, daß ein Anspruch des Eigentümers beziehungsweise gewesenen Eigentümers gegen den veräußernden gutgläubigen Besitzer seiner Sache jedenfalls nicht ausgeschlossen ist. Im Uebrigen aber geben sie nur dürftigen Aufschluß und daher besteht bezüglich der Natur dieses Anspruchs, seiner Voraussetzungen und seines Inhalts große Meinungsverschiedenheit und die mannigfachsten Theorien sind aus den Versuchen, die Zweifelsfragen zu lösen, erwachsen.[1])

Da die vorliegende Abhandlung vorzugsweise aus den Quellen selbst die Haftung des veräußernden gutgläubigen Besitzers zu bestimmen versuchen wird, soll zunächst das einschlägige Quellenmaterial ins Auge gefaßt werden und zwar vorerst die beiden Hauptstellen, l. 23 D. 12. 1 und l. ult. D. 3. 5, beide aus Afrikans quaestiones.[2])

---

[1]) S. unter Abschnitt VIII. Die älteren Litteraturnachweisungen s. bei Hellwig, Inauguraldissertation über die Haftung des veräußernden gutgläubigen Besitzers einer fremden Sache S. 9.

[2]) Vgl. über das Verhältnis Afrikans zu Julian Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte I S. 712 f.

II.

L. 23 D. 12. 1.

Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim (Africanus libro secundo quaestionum).

Der Sachverhalt ist folgender: Jemand besitzt einen Sklaven in der Meinung, derselbe sei ihm vermacht worden, während thatsächlich ein Dritter Legatar ist. Der Besitzer ist also im guten Glauben. Er verkauft den Sklaven und dieser geht zu Grunde. Damit hat der Legatar-Eigentümer — es liegt ein Vindikationslegat vor — einen Schaden erlitten, und es fragt sich, ob er etwa einen Anspruch gegen den Veräußerer habe. Der Jurist bejaht die Frage, er unterwirft den Veräußerer einer condictio auf das pretium, worunter nicht der Wert der Sache, sondern der vereinnahmte Kaufpreis zu verstehen ist, wie in Seufferts Archiv Band 45 Nr. 187 des Näheren ausgeführt ist.

Die Begründung der condictio, wie sie Afrikan gibt, hat Bedenken erregt.[1]) In der Regel hat quasi die Bedeutung von tamquam, gleich als wenn, und nur selten wird es statt quia gebraucht. Es wird sich im Verlaufe der Erörterung zeigen, daß die Annahme, quasi stehe hier für tamquam, den Vorzug verdient (S. 29). Das „sim" (nicht „essem") steht dieser Auffassung jedenfalls nicht entgegen.

Der Anspruch stützt sich auf die Bereicherung, die der vermeintliche Legatar durch die Veräußerung gewonnen hat. Es wird

[1]) Jhering Abhandl. a. d. röm. R. S. 80 sagt, das sei so gut wie gar keine Begründung, mit einem solchen quasi könne man alle Rechtsbegriffe über den Haufen werfen. Dagegen Jakobi, Jahrb. f. Dogmatik Band 4 S. 241, welcher quasi als „quia" auffaßt; ebenso Krüger, Archiv f. d. civilist. Praxis Band 63 S. 382.

notwendig sein, auf die Frage kurz einzugehen, wann eine Bereicherung kondicierbar ist. In den Quellen finden sich Aeußerungen, welche sich ganz allgemein dahin verstehen lassen, daß niemand sich mit fremdem Schaden bereichern dürfe, wie z. B. die bekannte l. 206 D. 50. 17:

Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem.[1])

An diese Aeußerungen knüpft sich eine ältere gemeinrechtliche Lehre, die auch in die Praxis und in die Codificationen der neueren Zeit Eingang fand, die Lehre von der allgemein verpflichtenden Kraft der Bereicherung. Sie hat bis weit in unser Jahrhundert herein noch Vertreter gefunden.[2])

Heute darf diese Lehre als aufgegeben betrachtet werden, der Anklang, den sie früher fand, erklärt sich zur Genüge durch die Berufung auf das Naturrecht, worauf sie gegründet wird; sie bedeutet für den Verkehr ein nicht zu unterschätzendes Hemmnis und findet in vielen Instituten des römischen Rechtes selbst ihre Widerlegung.

Auf dem direkt entgegengesetzten Standpunkte steht Ihering mit der Behauptung, daß das römische Recht den Bereicherungsklagen principiell abhold sei. Auch diese Auffassung geht zu weit,[3]) und Windscheid hat Recht, wenn er dieselbe bezeichnet als entstanden oder doch mit entstanden unter dem Eindrucke des Rückschlags, welcher von der Lehre ausging, daß sich niemand mit fremdem Schaden bereichern dürfe.

---

[1]) Vgl. l. 14 D. 12. 6 und l. 10. 3 D. 17. 1; beiden Stellen wird jedoch die allgemeine Geltung abgesprochen, der letzteren wohl mit Recht, s. Dernburg, Pandekten II § 138 Anm. 4.

[2]) Prß. L.-R. I. 13 § 230, Bayr. L.-R. IV. 13 § 1. Die älteren Anhänger dieser Lehre s. bei Exleben, die condictiones sine causa S. 2 ff.; vgl. ferner Weiske, Rechtslexicon I S. 928 ff. Sell, Versuche im Gebiete des Civilrechts, Holtzendorffs Rechtslexicon unter „Bereicherungsklage," Wächter Erörterungen Heft 1 S. 12, Heft 2 Anm. 91, Motive II S. 829, Witte, Bereicherungsklagen S. V., Vangerow, Pandekten § 310 a. E., Jahrb. f. Dogm. Band 4 S. 191, S. 160 A. 1.

[3]) Jahrb. f. Dogm. Band 16 S. 271 ff., dagegen Windscheid, zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung, Leipziger Universitätsprogramm 1878 S. 29.

Die Quellen selbst lassen ziemlich deutlich ersehen, unter welchen Voraussetzungen sie eine Bereicherungsklage zulassen wollen; sie erklären eine condictio für anwendbar,[1]) wenn etwas non ex iusta causa an einen Dritten gelangt ist; selbst aus der oben citierten l. 206 D. 50. 17 läßt sich entnehmen, daß die allgemeine Bereicherungstheorie hinfällig ist, wenn man nur das Wort: iniuria fieri locupletiorem beachtet. Mit Hilfe dieser Quellenstellen wurde der Begriff der „ungerechtfertigten Bereicherung" aufgestellt, und Windscheid[2]) hat das Verdienst, diesen Begriff zuerst im Einzelnen zergliedert und ihm dadurch eine allgemeine Anwendbarkeit gesichert zu haben. Die Bereicherungsklage ist zulässig, wo der Beklagte mit dem Schaden des Klägers einen ungerechtfertigten Gewinn gemacht hat. Ist die nachgewiesene Bereicherung nicht auf Kosten des Klägers gewonnen oder entbehrt sie nicht der Rechtfertigung, so versagt die Bereicherungsklage. Zunächst ist daher zu untersuchen, ob und unter welchen Umständen sich bei dem gutgläubigen Veräußerer einer fremden Sache eine auf Kosten des Eigentümers gewonnene ungerechtfertigte Bereicherung nachweisen läßt.

Die überwiegende Meinung hat bis vor nicht langer Zeit die in Rede stehende condictio als die condictio sine causa aufgefaßt und auf Grund der l. 23 D. 12. 1 schlechthin dem Eigentümer, dessen Sache von einem bonae fidei possessor entgeltlich veräußert worden war, gegen den Veräußerer diese condictio zugesprochen. Neuerdings haben Hellwig und Bolze dagegen Widerspruch erhoben[3]), indem sie die condictio sine causa nur dann für zulässig erklären, wenn zwischen dem Kläger und dem Beklagten selbst ein Rechtsgeschäft irgend welcher Art abgeschlossen wurde und auf Grund desselben etwas in ungerechtfertigter Weise in die Hände des Beklagten gekommen ist: die condictio setze eine obligatio voraus.

---

[1]) l. 1. 3 D. 12. 7, l. 25 D. 25. 2.

[2]) Pandekten § 422, 423, vgl. Protokolle der Civilgesetzgebungskommission S. 1584 ff.; ältere Versuche bei Koch, Lehrbuch d. preuß. gem. Privatrechts II § 642, Wächter, Erörterungen aus dem Privatrecht II Anm. 91.

[3]) Hellwig, Dissertation S. 15; Bolze im Archiv f. d. civilistische Praxis Band 78 S. 436, 453; 79 S. 194 ff.

Diese letztere Behauptung ist jedoch nicht zutreffend und am allerwenigsten läßt sie sich aus l. 23 D. cit. rechtfertigen, wie Bolze versucht hat. Er sagt nämlich[1]), in dieser Stelle sei die condictio sine causa deshalb gewährt, weil man auf grund des Sachverhalts sehr wohl die Annahme rechtfertigen könne, die Sache sei vom Kläger direkt an den Beklagten gekommen. Hätte nämlich der Erblasser bei Lebzeiten die Sache verschenkt und dieselbe wäre z. B. durch den Boten einer unrichtigen Person übergeben worden, so könnte der Schenker die Sache zurückfordern, nach stattgefundener Veräußerung den Gewinn kondicieren. Dieses Recht habe hier eigentlich die Erbschaft, d. h. der Erbe; auf letzteren sei aber gar kein Recht an der legierten Sache übergegangen, er habe keine Klage, analog der hereditatis petitio, auf die Sache. Infolge dessen kondiciere der Legatar, dem aus der Erbschaft ein über den dinglichen Anspruch hinausgehender persönlicher Anspruch, d. i. eben die condictio gegeben wird. Obwohl streng genommen dem Beklagten die Sache bloß *für* den Kläger übergeben wurde, lasse sich doch der Standpunkt einnehmen, sie sei *von* dem Kläger an ihn gekommen. Nach Bolze ist also die condictio der l. 23. cit. eine analog ausgedehnte condictio sine causa mit der Grundlage, daß fingiert würde, die Sache sei vom Legatar dem bonae fidei possessor in irriger causa übergeben worden.

Gegen diese Auslegung erheben sich schwere Bedenken. Bolze räumt zunächst ein, daß jedenfalls die Sache nicht direkt vom Kläger an den Beklagten gekommen sei, sondern aus der Erbschaftsmasse; das ist richtig. Dagegen kann nicht zugegeben werden, daß die condictio der Erbschaft erwachsen und aus dieser dem Kläger zugekommen sei. Wenn, wie Bolze die Sachlage sich denkt, der vermeintliche Legatar nach dem Erbschaftsantritt, also zu einem Zeitpunkte, wo der wahre Legatar kraft des Vindikationslegats schon Eigentümer war, den legierten Sklaven mit Bewilligung des Erben aus der Erbschaft an sich genommen hat, so dürfte es kaum angängig sein, diesen Fall damit in Vergleich zu stellen, daß der Erblasser bei Lebzeiten, da er noch Eigentümer der Sache war, die Sache verschenkt hätte und eine unrichtige Person in den Besitz

[1]) Archiv f. d. civ. Praxis 79 S. 196.

derselben gelangt wäre. In unserem Falle hat der Erbe, als er die Wegnahme gestattete, keinen Vertrag schließen, sondern einen vermeintlichen dinglichen Anspruch erfüllen wollen, und selbst wenn er dadurch eine condictio erworben hätte, so hätte dieselbe erst dem Legatar cediert werden müssen, da sie als persönliches Recht nicht ipso iure übergeht. Von einer Cession enthält aber die Stelle nichts, und daher bleibt nur die Annahme übrig, daß der wahre Legatar die condictio ex proprio iure hat, obgleich zwischen ihm und dem Beklagten ein obligatorisches Verhältnis nicht besteht.

Die condictio sine causa ist also schlechthin zulässig, wenn eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten des Eigentümers vorhanden ist. Was nun die Rechtfertigung der Bereicherung anlangt, so hat Jhering die Ansicht geäußert, daß die etwaige Bereicherung aus dem Verkauf der fremden Sache für den redlichen Veräußerer principiell nie eine ungerechtfertigte genannt werden dürfe und den Beweis dafür mit einer Stelle aus l. 21 D. 18. 4, zu führen versucht, die folgendermaßen lautet:

. . si eundem hominem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortuo eo videamus, ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci (pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur) et sic sit, quasi alii non vendidissem: tibi enim rem debebam, non actionem.

Diese Stelle, von Jhering eine der meisterhaftesten juristischen Deduktionen der ganzen Pandekten genannt, hat nicht allgemeinen Beifall gefunden; Mommsen z. B. findet die darin gegebene Entscheidung unbillig und Krüger erklärt sie kurzweg für falsch.[1])

Bei der Annahme, daß beiderseits eine Tradition noch nicht erfolgt ist, daß also die Sache noch im Besitz des Verkäufers war,

[1]) S. darüber und über die Stelle überhaupt: Jhering, Jahrbuch 16 S. 280 ff., Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht Heft 1 § 9 S. 107 ff. A. 6, Krüger im civ. Arch. Band 63 S. 379 ff., Eisele in demselben Archiv Band 66 S. 5 i. f., Bolze ebenda, Band 78 S. 446, Monroy S. 64, 104, 115, Mommsen, Beiträge zum Obl.-Recht I. Abt. § 25 Anm. 16, Seufferts Archiv 45 Nr. 187, Brinz, Pandekten § 302 A. 8 i. f., Windscheid, Pandekten § 422 A. 8, § 327 A. 7, Baron, Abhandlungen aus dem römischen Civilproceß I S. 65.

als sie unterging, erscheint die Entscheidung höchst einfach und angemessen. Ich habe eine Sache liegen und verkaufe sie an A; derselbe läßt sie, ohne durch Tradition daran Eigentum zu erwerben, beim Verkäufer, und dieser schließt einen weiteren Kaufvertrag über dieselbe mit B, wiederum ohne sie zu tradieren. In diesem Moment spielt allerdings der Verkäufer ein doppeltes Spiel, allein, um die Mommsensche Lehre vom commodum anzuwenden, er thut es vollkommen auf seine eigene Gefahr; es ist zu vermuten, daß er demjenigen zuerst tradieren werde, der zuerst die Aushändigung der Sache verlangt, sei dies nun der erste oder der zweite Käufer, die Sache liegt bereit für den einen, der andere muß entschädigt werden. Da geht unvermutet die Sache durch Zufall zu grunde, der Verkäufer wird von der Lieferungspflicht frei, und das ist sein Gewinn, wie vorher die Gefahr ihm gedroht hat, doppelt liefern zu müssen. Die Sache aber ist an der Erzielung des Gewinnes gar nicht beteiligt, das für den zweiten Verkauf erzielte pretium verdankt seine Existenz einer geschickten, wenn auch unlauteren Spekulation, perceptum est propter negotiationem, und es ist nicht erfindlich, wie der erste Käufer zu einem rechtlichen Anspruch auf dasselbe käme.

Die Sachlage ist eine ganz andere, als wenn jemand bona fide über eine fremde Sache verfügt, denn solchenfalls wird ein dingliches, hier ein bloß obligatorisches Rechtsverhältnis verletzt; der erste Käufer ist zur Zeit der Vornahme des zweiten Verkaufs noch gar nicht Eigentümer, denn es ist ihm noch nicht tradiert, vielmehr ist der Veräußerer selbst noch Eigentümer und nur obligatorisch bezüglich der Sache gebunden.

Ob nicht, falls dem zweiten Käufer im Zeitpunkt des Sachuntergangs die Kaufsache schon tradiert gewesen wäre, die Entscheidung anders lauten müßte, darauf ist hier nicht Gelegenheit einzugehen. Jedenfalls widerspricht die Annahme, es sei noch nicht tradiert gewesen, weder dem Wortlaut noch dem Sinn der Stelle.

Gerade das Gegenteil der Ansicht Jherings ist richtig. Die durch Veräußerung einer fremden Sache auf Kosten des Eigentümers gewonnene Bereicherung hat stets als ungerechtfertigt zu gelten[1]).

[1]) Selbst beim Vorhandersein eines titulus verus s. Abschnitt VIII Nr. 4.

Allein — und das wird meist übersehen — nicht immer erzielt der veräußernde gutgläubige Besitzer eine Bereicherung. Erst neuerdings[1]) wurde diesem Umstand wieder die gebührende Aufmerksamkeit geschenkt; man begann zu unterscheiden, je nachdem der Besitzer im Eviktionsfalle gegenüber seinem auctor regreßberechtigt war oder eines Regreßrechts entbehrte.[2]) Wir wollen dieser Unterscheidung nachgehen und die Resultate derselben prüfen. Zunächst ist der regreßberechtigte Besitzer ins Auge zu fassen.

Jemand kauft eine fremde, d. h. nicht dem Verkäufer gehörige Sache gutgläubig und erwirbt dabei das Regreßrecht für den Fall der Eviktion; nach einiger Zeit verkauft er die Sache wieder. Hellwig stellt für diesen Fall folgendes Rechenexempel an: wenn a das sonstige Vermögen des bonae fidei possessor, b den von ihm gezahlten und wiedergewonnenen Kaufpreis, c den Wert der Sache bezeichnet, so ist nach dem Ankauf sein Vermögen $a - b$ (nicht aber $a - b + c$), nach der späteren Veräußerung $a - b + b$ (nicht aber $a - b + c + b - c$)[3], so daß er b durch die Veräußerung gewonnen hat, ohne etwas verloren zu haben.

Damit soll gesagt sein, daß der Kauf einer fremden Sache stets einen Verlust für den kaufenden bonae fidei possessor bedeute, da die Sache ein unsicherer Besitz ist und dem vindicierenden Eigentümer herausgegeben werden muß; wenn dann aber die Sache weiter veräußert wird und der gezahlte Kaufpreis ins Eigentum des Veräußerers gelangt, dann meint Hellwig, sei das eine Bereicherung, die herausgegeben werden müsse.

Allein die Rechnung stimmt nicht, weil der Eviktionsregreß außer Anschlag geblieben ist. Durch die Aufwendung (b) wurde nicht lediglich der unsichere Sachbesitz gewonnen, sondern mit der Sache auch der Regreßanspruch für eventuelle Eviktion. Hellwig

---

[1]) Vgl. übrigens auch Abschnitt VIII Nr. 5.

[2]) Diese neue Ansicht findet sich zuerst, soweit ersichtlich, als Parteivorbringen in den Civilrechtsfällen für den akademischen Gebrauch Heft 1 (1881) Fall 39, mit kurzer Begründung, denn bei Eisele im Archiv f. d. civ. Praxis Band 66 S. 1 ff.

[3]) Hellwig, Dissertation S. 72. In dieser zweiten Parenthese liegt ein Rechnungsverstoß Hellwigs, denn $a - b + c + b - c$ ist gleich $a - b + b$, beides gleich a.

hat übersehen, daß eben dieser Anspruch thatsächlich das Aequivalent für b ist; b ist nicht eine verlorene Ausgabe, die Zahlung des Kaufpreises b bedeutet nicht eine Minderung des Vermögens des Käufers, denn dieser hat die Sache in Gestalt des eventuellen Regreßanspruchs in seinem Vermögen, und sein Vermögen beträgt nach dem Ankauf der Sache allerdings nicht a — b + c, wohl aber a — b + Regreßrecht.

Der Regreß ist ein wichtiges Element in der Lehre vom Kaufe, er ist dazu bestimmt, den Käufer einer fremden Sache möglichst in dieselbe Lage zu bringen, als hätte er gar nicht eine fremde Sache gekauft, sondern eine eigene des Verkäufers. Demnach gestaltet sich der Kauf einer fremden Sache wie überhaupt jeder entgeltliche Erwerb derselben, mit dem eine eventuelle Regreßberechtigung verbunden ist, in folgender Weise für den bonae fidei possessor:[1])

Die Aufwendung für den Erwerb, mag sie in Geld oder sonstigen Wertobjekten bestehen, ist nicht nutzlos gemacht, wie sie beim regelrechten Kaufe, wo eine res aliena nicht beteiligt ist, ebenfalls nicht vergeblich ist; der Erwerber ist in der Regel weder reicher noch ärmer geworden. Wird ihm die Sache unmittelbar nach dem Erwerbe abgestritten, so nimmt er Regreß und hält sich dadurch schadlos.

Freilich nur der Regel nach wird durch den Erwerb seine Vermögenslage nicht verändert. Die Möglichkeit ist nicht ausgeschlossen und es ereignet sich oft, daß thatsächlich durch den Kauf eine Vermögensminderung eintritt, wenn nämlich der Erwerber zu teuer kauft, oder ein Gewinn, bei wohlfeilem Kaufe. Die im Eviktionsfalle zu leistende Regreßsumme richtet sich nicht nach der Höhe des Kaufpreises, sondern nach dem Interesse, das der Käufer am Behalten der Kaufsache hat[2]), und sohin kann die Regreßsumme größer — freilich auch kleiner — sein, als der vom Veräußerer

---

[1]) Ein bösgläubiger Erwerber gewinnt nie eo ipso den Regreß, s. Kühnert, pactum de non praestanda evictione, Inauguraldissertation, S. 6.

[2]) l. 23 C. 8. 44 (45). A. M. für den Fall, daß zu teuer gekauft wurde, ist Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht Band 2 S. 26 Anm. 22: „Darauf, daß die (sc. seine) Leistung von Anfang an einen geringeren Wert als die Gegenleistung gehabt hat, wird der Schuldner sich nicht berufen können."

selbst seiner Zeit gezahlte Kaufpreis. Doch hat dieser Fall für uns keine Bedeutung, weil hier von einem Gewinn durch Veräußerung noch nicht die Rede ist.

Wie der Besitz, so sind auch die auf die Sache gemachten Verwendungen dem regreßberechtigten Besitzer gewährleistet, falls ihm die Sache selbst vom Eigentümer abgestritten wird. Daß er wegen gewisser Verwendungen die Retentionseinrede gegenüber der reivindicatio hat, ist allerdings kein Vorzug vor dem regreßlosen Besitzer, und insoweit greift die Regreßverhaftung gar nicht Platz.[1]) Aber wo die Retention nicht ausgeübt werden kann und der Regreßlose leer ausgeht, greift wiederum der Regreß sichernd ein.[1]) Ferner darf der Regreßberechtigte auf den Verbleib einer ohne sein Zuthun eintretenden Werterhöhung rechnen, da auch hiefür sein auctor im Eviktionsfalle ihm ersatzpflichtig ist, und während die Sicherung der Verwendungen nur Ersparung eines Verlustes ist, bedeutet der Genuß der Werterhöhung für den Besitzer einen wirklichen Gewinn.

Nun veräußert der regreßberechtigte Besitzer die Sache gegen Entgelt. Dabei kann die Willensmeinung der Kontrahenten eine doppelte sein; sie kann dahin gehen, daß der Veräußerer seinem Abkäufer für Eviktion haftet oder daß er diese Haftung nicht auf sich nimmt. Dieser letztere Fall, daß ein Regreßberechtigter mit pactum de non praestanda evictione — zu folglich geringerem Preise — weiterverkauft und so seine eventuelle Regreßberechtigung aufgibt, wird wohl schwerlich vorkommen. Sehr wohl aber mag es sein, daß beim Weiterverkauf verabredet wird, im Eviktionsfalle habe der Verkäufer nur iura cessa gegen seinen auctor zu erteilen, oder daß diese Cession für den Eviktionsfall im Kaufvertrage selbst erfolgt mit der Maßgabe, daß weiteres der Verkäufer bei Eviktion nicht zu leisten habe.

Bei solcher Sachlage könnte auf den ersten Blick der bonae fidei possessor bereichert erscheinen; denn während er vorher die Sache dem Vindikanten hätte herausgeben müssen, hat er jetzt einen Kaufpreis vereinnahmt und das Eigentum daran erlangt, und ist sicher, denselben nicht wieder herausgeben zu müssen, da er für Eviktion nicht haftet. Eine genauere Betrachtung läßt jedoch

[1]) l. 45. 1 D. 19 1.

erkennen, daß, falls nicht etwa der Kaufpreis höher als der Sachwert ist, eine Bereicherung beim Veräußerer nicht vorliegt. Da ihm ein Regreßanspruch zustand, war die Sache, wenn auch nicht in natura, so doch in Gestalt eben dieses Anspruchs in seinem Vermögen; indem er mit der Sache selbst diesen Regreßanspruch seinem Abkäufer abtrat und als Entgelt dafür den Kaufpreis empfing, hat sein Vermögen eine Aenderung, einen Zuwachs nicht erfahren; der Kaufpreis ist das Aequivalent zwar nicht für die Sache, wohl aber für die abgetretene Regreßberechtigung. Daraus folgt aber, daß in dem empfangenen Kaufpreis eine Bereicherung nur insoweit liegen kann, als derselbe etwa den Wert der Sache, richtiger die Eviktionssumme, zur Zeit des Verkaufs übersteigt.

Aehnlich liegt die Sache bei Veräußerung mit Regreßhaftung. Zunächst ist hier noch nicht sicher, ob der Verkäufer den vereinnahmten Kaufpreis behalten werde, denn ihm droht die Eviktion. Allein angenommen, die Eviktion habe stattgefunden und der regreßpflichtige, aber auch regreßberechtigte Veräußerer habe den Käufer entschädigen müssen, so wird ihn dennoch diese Thatsache wenig berühren, da er sich wiederum an seinen Autor hält, der ihm den Schaden zu ersetzen verpflichtet ist. Somit zahlt der Regreßpflichtige hier gar nicht aus eigener Tasche, die Regreßverhaftung ist ihm nur ein durchlaufender Posten. Daraus folgt aber weiter, daß auch der Wegfall der Regreßhaftung durch Ersitzung seitens des Erwerbers oder durch Sachuntergang die Vermögenslage des Veräußerers nicht beeinflußt; ist jetzt seine Haftung beseitigt, so hat er dafür auch seine Ansprüche gegen seinen Autor verloren.[1]) Eine Bereicherung des Veräußerers kann aber auch beim Verkauf mit Regreßhaftung durch den Verkauf dann sich ergeben, wenn der Erlös mehr beträgt als die eventuell zu zahlende Eviktionssumme.

Ein regreßberechtigter Besitzer erlangt nach den bisherigen Ausführungen durch entgeltliche Veräußerung einen Gewinn nur dann, wenn er einen höheren als den wertentsprechenden Kaufpreis erzielt. Dabei macht es natürlich keinen Unterschied, wie

[1]) Hier ist immer vorausgesetzt, daß der Autor des Veräußerers solvent ist. Daß die Insolvenz desselben für die Frage, ob der Veräußerer einem Anspruch des gewesenen Eigentümers unterliege, ohne Belang ist, wird unten S. 27 ff. zu erörtern sein.

er sein Regreßrecht erworben hat, ob gegen oder ohne Entgelt.[1]) Ganz anders steht dagegen der regreßlose Besitzer zur Sache, wobei es ebenfalls gleichgiltig ist, ob er entgeltlich oder unentgeltlich erworben hat.

Es kommt wohl vor, daß ein gutgläubiger Besitzer, trotzdem er für die Sache eine Aufwendung macht, eine Regreßberechtigung nicht erwirbt; dies kann geschehen entweder dadurch, daß er mittelst pactum de non praestanda evictione gegen entsprechende Minderung des Kaufpreises auf den Regreß verzichtet, oder auch gegen seinen Willen im Falle nichtigen Kaufes, z. B. von einem Wahnsinnigen.[2]) Häufiger wird der regreßlose Erwerb ein unentgeltlicher sein.[3]) In allen Fällen aber ist es dem Erwerber ohne Regreß nicht gelungen, die Sache in sein Vermögen zu bringen, und soweit etwa eine Ausgabe dafür gemacht wurde, hat dieselbe ihren Zweck verfehlt. Dies zeigt sich sofort, wenn nunmehr der Eigentümer vindiciert: die Sache wird dem Besitzer entzogen, ohne daß er deswegen einen Regreßanspruch gegen seinen Autor geltend machen kann.[4]) Man wende dagegen nicht ein, daß im Falle nichtigen entgeltlichen Erwerbs dem Erwerber eine condictio zusteht, mit der er sich vielleicht völlige Schadloshaltung schafft. Diese condictio hat mit dem Regreß nichts gemeinsam; sie bleibt sich im Betrage gleich, ob nun die Sache an Wert gewinnen oder verlieren mag, und überdieß, sie haftet nicht, wie der Regreß, an der Sache; vielmehr hat sie als Bereicherungsklage ein von der Existenz der Sache unabhängiges Dasein[5]) und es läßt sich nicht

---

[1]) Wer durch Schenkung erworben hat, ist regreßberechtigt einmal, wenn ein pactum de praestanda evictione geschlossen ist, sodann unabhängig von solchem, wenn der Schenker im Eviktionsfall regreßberechtigt war, indem in diesem Falle gegen den Schenker ein Anspruch auf Klagencession Platz greift arg. l. 38 D. 21. 2.

[2]) l. 2. 16 D. 41. 4.

[3]) Jahrb. f. Dogm. Band 16 S. 317; l. 36 D. 41. 3.

[4]) Nach richtiger Ansicht ist durch ein pactum de non praestanda evictione auch die Zurückforderung des Kaufpreises ausgeschlossen, s. Windscheid § 391 Anm. 38, Moreau, die Haftung wegen Eviktion der verkauften Pfandsache, Münchener Inauguraldissertation 1878 S. 8.

[5]) Nur hat die condictio keinen Erfolg, wenn der Condicent durch seine Schuld außer Stande ist, die Sache zurückzugeben.

sagen, daß der regreßlose Besitzer in Gestalt der condictio die Sache im Vermögen habe.

An diesem Resultate kann auch l. 49 D. 50. 16 nicht irre machen, welche den Satz aufstellt:

in bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur....[1])

Dieser Satz ist viel zu allgemein und findet in den Quellen selbst seine Einschränkung, worüber insbesondere l. 190 D. 50. 17 und l. 52 D. 41. 1 zu vergleichen sind. Allerdings bietet schon der bloße gutgläubige Besitz als solcher gewisse in Geld anschlagbare Vorteile, allein diese fallen hier, wo es sich um die Vermögenszugehörigkeit der Sache selbst, nicht des Besitzes handelt, nicht ins Gewicht. Entscheidend ist vielmehr, daß die Vindikation den regreßlosen Besitzer völlig außer Beziehung zur Sache setzt, und die citierte l. 190 D. 50. 17 sagt daher mit Recht:

quod evincitur, in bonis non est.

Freilich muß auch dieser Ausspruch sofort wieder eine gewisse Einschränkung erfahren. Wenn nämlich der Besitzer auf die Sache Verwendungen macht, die ihn zur Retention berechtigen, so ist der Anspruch auf Ersatz derselben als an der Sache haftend zu bezeichnen und hat auch der Regreßlose insoweit die Sache im Vermögen.

Wenn nun der regreßlose Besitzer die Sache veräußert, so bereichert er sich nicht bloß, wie der Regredient, falls er sie über dem Werte, sondern auch falls er sie wertentsprechend oder sogar unter dem Werte abgibt, vorausgesetzt, daß er keine Regreßverhaftung überkommt oder die überkommene Regreßverhaftung sich nicht verwirklicht. Der Kaufpreis mehrt sein Vermögen, da er denselben für ein Objekt vereinnahmt, welches er vorher nicht als zu seinem Vermögen gehörig betrachten konnte. Darin liegt der einschneidende Gegensatz zum regreßberechtigten Veräußerer, welcher sich durch den Verkauf nur ausnahmsweise, nämlich nur dann bereichert, wenn er einen höheren als den normalen Kaufpreis erzielt, und

[1]) Vgl. Brinz § 124 I 1, auch § 143 Text nach Anm. 3.

dessen Bereicherung in dem erzielten Ueberschusse ausschließlich besteht.

Immerhin steht fest, daß durch die Veräußerung der fremden Sache sowohl der regreßberechtigte als der regreßlose Besitzer sich bereichern kann. Doch wird zu fragen sein, ob beide sich auf Kosten des Eigentümers bereichern. Auf Kosten des Eigentümers ist eine Bereicherung dann erzielt, wenn der Eigentümer durch die Thatsache, welche die Bereicherung schafft, einen Schaden erleidet, so daß zwischen der Bereicherung einerseits und der Schädigung andererseits ein Kausalzusammenhang besteht. Da der dem Eigentümer zugehende Verlust naturgemäß im Wegfall der Vindikationsmöglichkeit durch Sachuntergang, Ersitzung oder sonstigen rechtlichen oder thatsächlichen Ausschluß der Eigentumsklage bestehen wird, so läßt sich sagen, der Kausalzusammenhang sei dann vorhanden, wenn die bereichernde Handlung, i. e. die Veräußerung die Unmöglichkeit der reivindicatio herbeiführt. Es ist wichtig, dies Erfordernis der Kausalität nicht aus den Augen zu verlieren; eine nicht auf seine Kosten dem Beklagten erwachsene Bereicherung kann der Eigentümer nicht kondicieren, da es einen allgemeinen Rechtssatz des Inhalts, niemand dürfe sich anläßlich des Besitzes einer fremden Sache bereichern, nicht gibt.

Daraus folgt sofort, daß gegen diejenigen Veräußerer, welche mit der Sache zugleich ein Regreßrecht für eventuelle Eviktion besaßen, eine condictio sine causa niemals statthaft ist, selbst wenn sie infolge Erzielung eines höheren Kaufpreises bereichert sind; denn der Ueberschuß über den Wert der Sache ist nicht ein Gewinn auf Kosten des Eigentümers. Durch die Erzielung eines höheren Preises erleidet der Eigentümer keinen Schaden, auch wenn er durch die Veräußerung die Vindikation verliert; den Schaden hat insoweit nur der Abkäufer.[1]) Aus demselben Grunde kann auch dem regreßlosen entgeltlichen Veräußerer durch die condictio derjenige Betrag nicht entzogen werden, der sich als Ueberschuß über den Wert der verkauften Sache darstellt, oder mit anderen Worten: die condictio geht, wo sie überhaupt zulässig ist, jedenfalls nicht über den Betrag des Wertes hinaus, den die Sache

[1]) arg. l. 22. 3 D. 19. 2.

zur Zeit des Verkaufes hatte.[1]) Im übrigen haften regreßlose Veräußerer auf ihre Bereicherung, soferne der geforderte Kausalzusammenhang besteht.

Wie schon oben bemerkt, kann die Veräußerung der fremden Sache in zweifacher Weise vor sich gehen, entweder so, daß eine Regreßverhaftung begründet oder so, daß sie abgelehnt wird. Der erstere Fall ist der häufigere. Uebernimmt der regreßlose Veräußerer die Haftung für eventuelle Eviktion, so wird zwar sein Vermögen durch den vereinnahmten Erlös vermehrt, allein es ist noch nicht sicher, ob die Mehrung Bestand haben wird, solange die Gefahr des Eviktionsregresses droht. Tritt der Eviktionsfall ein und nimmt der Käufer gegen den Veräußerer Regreß, so wird die eingetretene Vermögensmehrung rückgängig und die condictio findet keinen Platz (übrigens hat auch der Eigentümer seine Sache wieder erhalten und ist schon deshalb die Klage nicht statthaft).

Wenn dagegen die Vindikationsmöglichkeit und damit auch die Verpflichtung des Verkäufers aus der Regreßhaftung weggefallen ist, so erhebt sich die Frage, ob der Veräußerer der Bereicherungsklage des Eigentümers unterliege, d. h. ob sich zwischen der Bereicherung des veräußernden regreßlosen Besitzers und der Schädigung des Eigentümers durch Wegfall der Eigentumsklage ein Kausalzusammenhang konstruieren lasse. Man könnte hier folgende Betrachtung anstellen: „Die Bereicherung tritt ein in dem Zeitpunkt, wo der Veräußerer infolge der Beseitigung der Eviktionsgefahr der Eventualität enthoben ist, den empfangenen Kaufpreis (oder etwas mehr oder weniger[2]) in Gestalt der Eviktionsentschädigung an seinen Abkäufer herausgeben zu müssen, d. h. die Bereicherung tritt ein durch den Wegfall der Vindikationsmöglichkeit. Dasselbe Ereignis aber, welches den Veräußerer bereichert, nimmt dem Eigen-

[1]) Seufferts Archiv Bd. 45 Nr. 187. Wollte die condictio auf den ganzen Kauferlös gewährt werden, so würde sich thatsächlich das Resultat ergeben, daß der Kläger einen Gewinn macht, wie das Reichsgericht (Entsch. in Civil-Sachen Bd. 35 S. 72) ausführt. Uebrigens muß es daselbst Z. 8 von unten statt „Kläger" wohl „Beklagter", Z. 7 von unten statt „er" „Kläger" heißen.

[2]) l. 23 C. 8. 44 (45).

tümer seine Sache, bringt ihm Schaden. Der Veräußerer ist also auf Kosten des Eigentümers bereichert und unterliegt der condictio."

Diese Argumentation führt zu der von Eisele[1]) vertretenen Meinung, daß die Bereicherung, auf welche der Veräußerer haftet, in demjenigen Betrage besteht, welcher im Eviktionsfalle vom Veräußerer an den Abkäufer als Eviktionsentschädigung hätte bezahlt werden müssen.

Allein der Nachweis eines Kausalzusammenhangs, wie ihn die condictio sine causa verlangt, ist auf diesem Wege nicht zu bringen. Die Auffassung Eiseles geht aus von dem Wegfall der Vindikationsmöglichkeit und läßt durch dieselbe die Bereicherung des Veräußerers eintreten. Das primär Vorhandene ist somit der Verlust, den der Eigentümer erleidet, erst in zweiter Linie, als Nebenwirkung der ausgefallenen Eigentumsklage, ergibt sich eine Bereicherung des Veräußerers. Die Sachlage ist nicht so, daß der Veräußerer durch eine von ihm vorgenommene Handlung die Schädigung des Eigentümers herbeiführt, sondern umgekehrt so, daß der Untergang der Sache die Bereicherung des Veräußerers verursacht. Wo der Schaden den Eigentümer auch ohne die vom gutgläubigen Besitzer vorgenommene Veräußerung getroffen hätte, kann von einer Bereicherung auf Kosten des Eigentümers keine Rede sein. Mit Recht sagen die Motive zum Entwurf eines bgl. G.-B. Band III S. 401 unten: „Eine Kondiktion des Eigentümers gegen den Veräußerer . . . wird auch nicht durch den nachträglichen Umstand begründet, daß die Sache in den Händen des Erwerbers untergeht oder ersessen wird, wenn auch der Veräußerer durch diese späteren Thatsachen eviktionsfrei wird; denn der Eigentümer hat die Gefahr des Unterganges und der Ersitzung der Sache zu tragen, und die für den Veräußerer aus diesen Vorgängen erwachsende vorteilhafte Nebenwirkung ist nicht ein durch eigene Handlungen aus einer fremden Sache erlangter Vorteil."

Uebrigens ist es auch nicht zutreffend, daß die Bereicherung erst durch den Wegfall der Vindikationsmöglichkeit und die Befreiung vom Eviktionsanspruch herbeigeführt wird. Durch die

---

[1]) Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 66 S. 16 f.

Beendigung der Regreßverhaftung wird dem Vermögen des Veräußerers ein Zuwachs nicht zu teil; wenn vor diesem Zeitpunkt sein Vermögen a + pretium betrug, so beträgt es jetzt nicht mehr. Die durch die Veräußerung bereits erlangte Vermögensmehrung ist (bis zum Betrage des Eviktionsinteresses des Käufers) infolge der nunmehrigen Unmöglichkeit zu evincieren nur definitiv geworden.

Man wird einwenden, es sei nicht zu bezweifeln, daß die Befreiung von einer Schuld eine Bereicherung ist[1]; das ist richtig, soweit es sich um gewöhnliche Schulden, nicht aber, soweit es sich um die Regreßverhaftung des Verkäufers handelt. Die Regreßverhaftung selbst ist noch keine Schuld, wie etwa die Darlehensobligation, sie ist nur der Grund, aus dem eine Schuld entspringen kann; sie ist Haftung, nicht Schuld. Nirgends, sagt Brinz[2], „zeigt sich der Gegensatz von bloßer Haftung und Schuld klarer als hier. Vor der Eviktion kann Verkäufer um der Eviktion willen (ob evictionem, de evictione) nicht belangt, nichts schuldig werden; haftbar dagegen ist er schon vorher; der Ausdruck evictionis obligatio umfaßt beides, die bloße Haftung und die Schuld; mit der bloßen Haftung fällt das periculum obligationis, mit der Eviktionsschuld die evictionis actio zusammen." Mit anderen Worten: die Regreßverpflichtung ist nur eine bedingte, eine eventuelle Schuld. Daraus folgt aber, daß ihr Wegfall nicht auf eine Linie gestellt werden darf mit einer gewöhnlichen Schuld. Anders wäre natürlich dann die Sachlage, wenn durch eine bereits stattgehabte Eviktion die bedingte Schuld zu einer unbedingten geworden ist; hier würde der Wegfall, etwa durch Verzicht des berechtigten Käufers, eine effektive Bereicherung darstellen. Insolange aber die Haftung nicht in eine Schuld übergegangen ist, schafft ihr Erlöschen nicht eine Bereicherung, es schafft nur Sicherheit vor einem Verlust, wie denn auch in vielen Fällen aus der Eviktionsobligation niemals eine Schuld zur Entstehung kommt.

Die von Eisele vertretene Auffassung, daß die Bereicherung im Wegfall der Eviktionshaftung bestehe, führt zu ganz unannehm-

[1]) Windscheid § 421 Anm. 9; l. 20 i. f. D. 4. 2, l. 28 D. 4. 3.
[2]) § 328 Nr. 1, s. auch Anm. 5.

baren Resultaten. Es würde nach dieser Auffassung keinen Unterschied machen, ob bei der Veräußerung der Betrag der weggefallenen Haftung oder ein geringerer Betrag als Kaufpreis erzielt, ja ob überhaupt die Veräußerung gegen Entgelt oder in freigebiger Weise vorgenommen wurde. Die Bereicherungsklage auf den Betrag der Regreßsumme (soweit diese nicht höher ist als der Schaden des Eigentümers), würde auch dann Platz greifen, wenn der vereinnahmte Kaufpreis geringer war, und sie würde auch dann auf diesen Betrag gehen, wenn die Sache vom gutgläubigen regreßlosen Besitzer unter pactum de praestanda evictione verschenkt worden wäre. Eisele[1]) selbst hat nicht gezögert, diese letzte Konsequenz zu ziehen, indem er den Schenker, der dem Beschenkten gegenüber die Eviktionshaftung übernommen hat, durch den Sachuntergang für bereichert erklärt und gegen ihn die condictio auf den Betrag des Regreßanspruchs, entkleidet seiner subjektiven Bestandteile, d. h. auf den Verkehrswert, zuläßt.

Allein es wäre doch gewiß befremdend, wenn im Falle unentgeltlicher Veräußerung eine Bereicherungsklage statthaben sollte, da ja hier eine Vermögensmehrung gar nicht eingetreten ist; es würde der Beklagte gezwungen, aus eigener Tasche zu zahlen und die Klage würde den Namen einer Bereicherungsklage nur mehr deshalb verdienen, weil sie dem klagenden Eigentümer auf Kosten des Beklagten eine durch nichts gerechtfertigte Bereicherung schafft. Selbst wenn die Thatsache des Sachuntergangs zur Bereicherungsfrage in kausaler Beziehung stünde, so könnte ihr doch nur die Bedeutung beigemessen werden, daß sie die im Kaufpreis bestehende Vermögensmehrung, welche bis dahin in ihrem Fortbestande zweifelhaft war, unentziehbar gemacht und dadurch die Bereicherung geschaffen hätte. Doch ist auch diese Auffassung unrichtig, da die Bereicherung schon durch die Veräußerung entstand. Daraus folgt mit Notwendigkeit, daß unentgeltliche Veräußerung niemals die condictio begründet.

Die condictio sine causa gegen den regreßlosen gutgläubigen Veräußerer ist nur da zulässig, wo die Bereicherung auf Kosten des Eigentümers gewonnen, wo der Kausalzusammenhang zwischen der ent-

[1]) Archiv f. d. civ. Praxis Band 66 S. 19/20.

geltlichen Veräußerung und dem Eigentumsuntergang vorhanden ist, wo also die Veräußerung den Verlust der reivindicatio verursacht hat. Damit ist das Anwendungsgebiet der Klage, insbesondere im römischen Rechte, ganz erheblich eingeschränkt.

Nach dem römischrechtlichen Grundsatze, daß niemand auf einen anderen mehr Recht übertragen könne als er selbst hat, bringt der von einem gutgläubigen Besitzer vorgenommene Verkauf die fremde Sache nicht ins Eigentum des Käufers, abgesehen von dem Fall der Veräußerung durch den Fiskus, von dem schon oben (S. 5) die Rede war. Daher hat der Verkauf der Sache — nach römischem Recht — den Untergang der reivindicatio regelmäßig nicht zur Folge. Jedoch ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß infolge der Veräußerung die Sache dem Eigentümer entzogen wird. Man nehme an: der Stall, in den das verkaufte Pferd gebracht wird, stürzt ein, oder das Pferd wird im Stalle des Erwerbers von einer ansteckenden Krankheit ergriffen, von der es im Nichtveräußerungsfalle frei geblieben wäre; oder der Erwerber kann vom Eigentümer nicht mehr aufgefunden und belangt werden, oder er bringt die Sache durch Ersitzung in sein Eigentum, während der Veräußerer wegen mala fides superveniens (nach kanonischem Recht) nicht hätte ersitzen können u. a. m. In allen diesen Fällen besteht ein Kausalzusammenhang zwischen der Bereicherung des regreßlosen Veräußerers und dem Wegfall der reivindicatio, die condictio ist begründet. Allerdings wird der Nachweis meist schwierig sein, daß die Sache, wenn die Veräußerung unterblieben wäre, nicht zu Grunde gegangen wäre. Jedoch greift hier das Princip der freien Beweiswürdigung (C. P. O. § 260) ergänzend ein.

Im römischen Recht ergibt sich eine weitere Anwendbarkeit der condictio sine causa dann, wenn man über den Rahmen der Veräußerung hinausgreift. Zunächst im Falle der Konsumtion, des Verzehrens oder Verbrauchens der fremden Sache. Vielfach wird allerdings dem gewesenen Eigentümer jede Klage gegen denjenigen, der die Sache gutgläubig verbraucht hat, versagt[1]) und Göppert begründet dies damit, daß die Konsumtion nie eine

[1]) Bolze im Archiv f. d. civil. Praxis Band 78 S. 449 f., Göppert, organische Erzeugnisse S. 360 Anm. 40, Pfersche, Bereicherungsklagen S. 74.

Bereicherung schaffe, da „verbrauchen" das Gegenteil von „erwerben" sei. Man darf dieser Begründung wohl den Vorwurf machen, daß sie etwas einseitig sei; vielmehr ist eine Bereicherung dann anzunehmen, wenn durch das Verzehren der fremden Sache die Aufwendung eigener Mittel erspart wird[1]) und wenn der Besitzer die Sache nicht in Gestalt der Regreßberechtigung in seinem Vermögen hatte. Die Konsumtion vernichtet unmittelbar das bisherige Eigentum und daher ist bei Vorhandensein der Bereicherung die condictio sine causa statthaft.

Aehnlich liegt die Sache bei der Vermischung. Hier tritt eine Aenderung in den Eigentumsverhältnissen ein, wenn Geldstücke in Frage stehen.[2]) An Geldstücken erwirbt nämlich der Vermischende — sogar der bösgläubige — das Eigentum, sobald dieselben aufhören, in ihrer Individualität erkennbar zu bleiben.[3]) Da hier der Kausalzusammenhang nicht fehlt, so ist die condictio dann anwendbar, wenn eine Bereicherung durch den Erwerb der Geldstücke entsteht, was freilich nicht immer der Fall ist.[4])

Eigentumsentziehung tritt ferner ein durch Specifikation seitens eines gutgläubigen Dritten. In der Litteratur ist die Frage ungemein streitig, ob und welche Klage dem verlierenden Eigen-

---

[1]) Windscheid (Zeitschrift f. Civilrecht und Proceß N. F. Band 4 S. 97) sagt: Der Besitzer wird durch Konsumtion dann reicher, wenn er deswegen, weil er die Sache konsumiert, oder, was ganz gleich ist, kein Geld aufzuwenden braucht, um sich die Sache zur Konsumtion anzuschaffen. Diese Fassung ist stilistisch anfechtbar. Vgl. auch Iherings Ausführungen, Jahrb. f. Dogm. Band 16 S. 256 ff. und Köppen, der Fruchterwerb des b. f. possessor, Anm. 89.

[2]) Werden sonstige Sachen mehrerer Eigentümer nach Uebereinkunft vermischt, so bestimmt sich das rechtliche Schicksal derselben nach dem Willen der Kontrahenten, § 27 J. II. 1. bei zufälliger Vermischung entsteht Miteigentum. Sind die Sachen nur unter einander gekommen, ohne eine Verbindung mit einander einzugehen, § 28, J. II. 1, l. 5 pr. D. 6. 1, so bleibt das bisherige Eigentum unberührt.

[3]) l. 78 D. 46. 3. Den Eigentumserwerb am Gelde durch Vermischung stellt Niemeyer in Abrede; er will dasselbe gelten lassen, wie bei Zusammenschütten von Getreide und gewährt eine „modificierte Vindikation" nach l. 5 pr. D. 6. 1; s. Zeitschrift f. Handelsrecht, Band 42, S. 22, 25, 32 ff.; dazu Hohenemser, die Konsumtion des Geldes S. 65, 73 ff., Comte, Erwerb des Eigentums an Geldstücken.

[4]) Darüber s. unten S. 55 ff. ad l. 17 D. 46. 3.

tümer gegen den gutgläubigen Specifikanten zustehe.[1]) Da regreßlose Specifikanten sich bereichern und zwar auf Kosten des Eigentümers, so wird die condictio für zulässig zu erachten sein.

Endlich findet auch bei der nebensächlichen Verbindung unsere Klage Anwendung, wenn zufolge Unmöglichkeit der Abtrennung der verbundenen Sache das bisherige Eigentum an derselben erlischt[2]) und der gutgläubige Besitzer sich dadurch bereichert.[3])

Der regreßberechtigte Veräußerer unterliegt, wie schon festgestellt wurde, der condictio sine causa in keinem Falle. Bei Veräußerung zum wertentsprechenden oder zu einem geringeren Kaufpreise bereichert er sich überhaupt nicht; erzielt er einen Kaufpreis, der den Sachwert übersteigt, so ist das plus zwar eine Bereicherung, jedoch nicht eine solche auf Kosten des Eigentümers. Es erübrigt jedoch in dieser Richtung noch einen Punkt zu berühren, auf den besonders Windscheid[4]) hingewiesen hat. Gegen Eiseles Ansicht, daß der regreßberechtigte, aber auch regreßpflichtige Veräußerer durch den Sachuntergang ebensoviel verliere, als gewinne, indem mit der Regreßpflicht gleichzeitig das Regreßrecht wegfalle, macht Windscheid geltend, er gewinne durch den Untergang das Behalten des Kaufgeldes, während er vorher für den Fall der Nötigung zur Herausgabe (sc. des Kaufgeldes) vielleicht einen Anspruch gegen einen insolventen Verkäufer hatte.

Dieser Einwand mag gerechtfertigt sein gegen Eisele, der auf den Untergang der Sache das entscheidende Gewicht legt und die Bereicherung darin findet, daß der drohende Regreß weggefallen

---

[1]) S. Ihering, Jahrb. f. Dogm. Band 16 S. 317, Jakobi ebenda Band 4 S. 254, Pfersche, Bereicherungsklagen S. 57 ff., Bähr, gutachtliche Aeußerungen über den Entwurf, 1890 ad § 897, Windscheid § 187 a. E., zwei Fragen S. 17, Keller, Pandekten § 142 a. E., Dernburg I § 204 a. E., Vangerow § 310 a. E., Arndts § 155 Anm. 4. Uebersicht bei Fitting, Archiv f. d. civil. Praxis Band 48 S. 345 ff.

[2]) Vgl. Wächter in Weiskes Rechtslexikon I unter accessio.

[3]) S. Witte, Bereicherungsklagen S. 306 ff., Pfersche S. 55, Jahrb. f. Dogmatik Band 16 S. 317, Sintenis, prakt. gem. Civilrecht II § 109. 3, Johows Entwurf 1880 ad § 196, Fitting, civ. Archiv Band 48 S. 350 ff.

[4]) § 422 Anm. 8; schon in den Civilrechtsfällen für den akademischen Gebrauch Heft 1 S. 67 und 69 erörtert.

ist. Darin steht ja der regreßlose Veräußerer mit dem Regreßberechtigten, dessen auctor insolvent ist, gleich, daß im Eviktionsfall beide endgiltig für den Regreß aufzukommen haben. Dagegen trifft der Einwand nicht zu gegen die in gegenwärtiger Abhandlung vertretene Meinung, welche auf den Zeitpunkt der Veräußerung sieht und den regreßberechtigten Veräußerer deshalb für nicht bereichert erklärt, weil er die Sache vor dem Verkauf in Gestalt des eventuellen Regreßanspruchs im Vermögen hatte. Das letztere ist aber auch bei Insolvenz des Autors der Fall, wie sich aus l. 1. 19 D. 38. 5 ergibt. In dieser Stelle ist von der actio Fabiana die Rede, welche dem patronus zusteht, wenn der libertus das dem Patron zukommende Erbrecht auf die Hälfte des Nachlasses [1]) — falls keine leiblichen liberi vorhanden — durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden verletzt hat, und es wird gefragt, ob die Klage dann begründet sei, wenn der libertus für einen insolventen Schuldner bei dessen Gläubiger intervenierte oder ein Pfand bestellte; die Fabiana actio wird hier versagt mit der Begründung:

neque enim donavit aliquid mihi (sc. creditori), si pro aliquo intervenit, qui non fuit solvendo.

Die Entscheidung beruht offenbar auf der Erwägung, daß die Nichtbefriedigung infolge Insolvenz des Schuldners für den Gläubiger ein effektiver Verlust wäre und daß daher die Ausgleichung dieses Verlustes auf normalem Wege nur Wiederherstellung des richtigen Vermögensstandes, nicht aber eine Bereicherung zur Folge hat, da es ein vom Rechte nicht gewollter Zustand ist, daß ein rechtlich begründeter Anspruch wegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht erfüllt wird. Der Anspruch bleibt immerhin bestehen und seine Befriedigung auf anderem Wege ist keine Bereicherung. Wenn l. 6 D. 4. 3 sagt:

is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est,

so ist darin das einschränkende videri wohl zu beachten; es handelt sich auch bei dieser Stelle um einen besonders gelagerten Fall, nämlich darum, ob die subsidiäre actio doli auch dann zulässig

[1]) § 1 Inst. de succ. lib. 3. 7. Ueber das Pflichtteilsrecht des Patrons nach dem Papischen Gesetz und nach just. R., s. ebendas. § 2, 3.

sei, wenn zwar eine andere actio besteht, der damit in Anspruch zu nehmende Schuldner jedoch insolvent ist, und es wird die actio doli gewährt, weil die andere Klage bei der Insolvenz des Beklagten nicht zum Ziele führen kann. Eine allgemeinere Bedeutung will der Ausspruch der l. 6 cit. kaum haben.[1]) Somit bleibt es richtig, daß für den regreßberechtigten gutgläubigen Veräußerer die Möglichkeit der Insolvenz seines Autors nicht in Betracht kommt.

Kehren wir nunmehr zu l. 23 D. 12. 1, von der bei dieser Betrachtung ausgegangen wurde, zurück, so kann nicht bestimmt behauptet werden, daß sie die Voraussetzungen, welche oben für die Zulassung der condictio sine causa aufgestellt wurden, vollständig erfüllt. Der veräußernde gutgläubige Besitzer hat in dieser Stelle allerdings nur einen putativen Titel, er hat die Sache in der irrigen Meinung, Legatar zu sein, besessen und ist daher regreßlos. Zweifelhaft bleibt jedoch, ob das andere Erfordernis, der Kausalzusammenhang, vorliegt, da die Stelle keine Andeutung enthält, daß die Veräußerung den Untergang der Sache herbeigeführt habe und daß derselbe im Nichtveräußerungsfalle nicht eingetreten wäre. Die Stelle urgiert nicht das Erfordernis des Kausalzusammenhangs, ja bei dem Mangel irgend eines Anhaltspunktes hat sogar die gegenteilige Vermutung mehr für sich, der Jurist habe an den häufigeren Fall gedacht, wo die Veräußerung den Untergang der Sache nicht zur Folge hat. Es ist sonach vielleicht anzunehmen, das quasi habe nicht die Bedeutung von quia, sondern von tamquam, gleich als wenn.[2])

Wie dem auch sei, die l. 23 cit. spricht überhaupt gar nicht ausdrücklich von der condictio sine causa, sondern nur von condictio ganz allgemein. Sie darf daher auch nicht zum Beweise dafür benutzt werden, daß die oben entwickelte Meinung von den Voraussetzungen der condictio sine causa den bei den römischen Juristen und insbesondere bei Afrikan herrschenden Anschauungen nicht entspreche. Es findet sich in den ganzen Pandekten keine Stelle, welche bei mangelndem Kausalzusammenhang die condictio

---

[1]) Civilrechtsfälle S. 69 a. E.

[2]) Vergl. oben S. 8.

sine causa gewährt.[1]) Wenn also unsere Stelle von condictio schlechthin spricht, so liegt der Schluß nahe, daß sie nicht die condictio sine causa meint, deren Voraussetzungen sie vermutlich nicht erfüllt, sondern eine andere Klage im Gewande der condictio certi. Die condictio certi ist nämlich zufolge l. 9 pr. D. h. t. statthaft ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur[2]); die obligatio aber, aus der die in l. 23 D. cit. gewährte Klage, die condictio auf das pretium entspringt, ist keine andere als die negotiorum gestio, so daß die Klage in unserer Stelle aufzufassen sein wird als die actio negotiorum gestorum directa im Gewande der condictio certi. Darauf weist die nunmehr zu besprechende Stelle hin, welche, inhaltlich den gleichen Fall betreffend und ebenfalls aus Afrikans quaestiones herrührend, die Geschäftsführungsklage gewährt.

III.

L. ult. D. 3. 5.

Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses: sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem quae ad me pertinet tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de ea solutione liberarer (Africanus iibro octavo quaestionum).

In l. ult. cit. wird der Fall unterstellt, daß ein Besitzer mit putativem Titel die bona fide besessene fremde Sache gegen Entgelt veräußert und daß hinterher die Eigentumsklage infolge Sachuntergangs wegfällt. Dem Eigentümer wird die actio negotiorum gestorum directa auf den erlösten Kaufpreis zugesprochen.

---

[1]) Im Falle der l. 30 pr. D. 19. 1 fehlt dieser Zusammenhang nicht, da es sich um Konsumtion handelt, s. unten S. 46 ff.

[2]) Hellwig S. 24 Note 13. Vgl. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 763 ff., s. übrigens auch Pernice, Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Röm. Abt. Bd. 13 S. 248 ff.

Gegen diese Entscheidung Afrikans hat sich eine lebhafte Opposition erhoben, welche sich darauf stützt, daß ohne das Vorhandensein des animus negotia aliena gerendi, ohne den Geschäftsführungswillen auf Seite des Beklagten, eine negotiorum gestorum actio nicht für zulässig erachtet werden könne.[1]) Dies ist nicht zutreffend. Was die actio negotiorum gestorum contraria anlangt, so läßt sich allerdings aus den Quellen der Satz abstrahieren, daß dieselbe nur dann zu gewähren sei, wenn der Gerent die Absicht hatte, in fremdem Interesse thätig zu werden;[2]) eine

[1]) Für die actio negotiorum gestorum erklären sich Schweppe, röm. Privatrecht II § 268. 5b, Bangerow, Pandekten III § 664, II a, Brinz § 321 Anm. 13, Seufferts Archiv f. d. Entscheidungen der obersten Gerichte Band 7 Nr. 346, 14 Nr. 238, 34 Nr. 118, Monroy, die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte, s. insbes. S. 97 ff., Bolze, civ. Archiv Band 78 S. 422 ff., 79 S. 183 ff.; s. auch Moreau, Dissertation S. 18. Gegen dieselbe, und zwar teilweise in sehr entschiedener Weise Göppert, organische Erzeugnisse S. 356 f., Seufferts Archiv Band 45 Nr. 187, Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Band 8 S. 236 Anm. 18, Kämmerer, Gießener Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Band 8 S. 137 ff., Köllner, negotiorum gestio S. 29 ff., 117 ff., Ihering, Abhandlungen aus dem röm. Recht S. 78 ff., Chambon, negotiorum gestio S. 37 ff., Hellwig, Inauguraldissertation S. 14, Windscheid, Pandekten § 431 Anm. 18, Wächter, Erörterungen aus dem Privatrecht Heft 2 Anm. 97, ferner die Motive Band II S. 856, 869, sowie Zimmermann, echte und unechte negotiorum gestio S. 12 ff., 43 f., s. daselbst auch ältere Litteraturangaben S. 6 Anm. 2, S. 7 Anm. 4. Von diesen wiederum nehmen einige trotz ihres principiellen Widerspruchs die Geschäftsführungsklage dennoch im Hinblick auf l. ult. cit. an.

[2]) l. 14. 1, l. 29 pr. D. 10. 3, l. 5. 1, l. 5. § 10. 12. 13 (l. 6. § 8. 10. 11) D. 3. 5, l. 33 D. 12. 6, l. 14 D. 44. 4. Der weiter aus diesen Stellen entnommene Satz, daß der gutgläubige Besitzer Ersatz für die ohne Geschäftsführungsabsicht auf die fremde Sache gemachten Verwendungen im Wege der Klage nicht fordern (Windscheid, zwei Fragen S. 32 Anm. 27), sondern nur durch die Retentionseinrede, das ius tollendi oder entsprechende Einbehaltung der Früchte sich Schadloshaltung erholen könne, läßt sich nicht aufrecht erhalten. Vielmehr steht bei freiwilliger Herausgabe der Sache in Unkenntnis der Verwendungen dem gutgläubigen Besitzer die condictio indebiti zu, was nicht bloß für das Fideikommiß (Pernice, Labeo III S. 250 Anm. 6), sondern ganz allgemein gilt, l. 40. 1 D. 12. 6, l. 58—60 D. de leg. I, l. 5. 2 D. 25. 1, l. 7 pr. D. 7. 9, l. 3. 10 D. 35. 3, zwei Fragen S. 33 Anm. 28. Aber auch sonst wird dem Besitzer eine Klage auf Ersatz der Verwendungen zuzubilligen sein, da es sicherlich nicht Absicht sein kann, ein Klagerecht, welches l. 5. 1 C. 3. 32 und l. 5. 5 (6. 3) D. 3. 5 sogar dem bösgläubigen Besitzer zugesteht,

Ausnahme ist auf grund der l. ult. cit. in dem Falle statthaft, wenn ein vermeintlicher Erbe durch Erfüllung einer auf der Erbschaft ruhenden Verbindlichkeit den wahren Erben befreit, sowie überhaupt, wenn jemand die Schuld eines Dritten tilgt.[1]) Streit herrscht aber bezüglich der actio directa, deren Anwendbarkeit in l. ult. cit. ausgesprochen ist. Es kann nicht in Abrede gestellt werden, daß die von Afrikan gewählte Fassung Bedenken hervorzurufen geeignet ist,[2]) da er die actio negotiorum nicht ganz bestimmt, sondern nur im Potentialis — danda sit — für zulässig erklärt und die dazu gegebene Begründung — ut dari deberet, si et rel. — den Anschein erwecken könnte, als ob nicht wirklich ein fremdes Geschäft geführt worden sei, sondern nur die Analogie eines solchen zutreffe. Auf diesen letzten Punkt einzugehen ist nicht notwendig;[3]) da im übrigen die Entscheidung der Stelle nicht mißzuverstehen ist, muß sie als maßgebend angenommen werden und ist daraus der Grundsatz zu entnehmen, daß gegen den gutgläubigen Veräußerer einer fremden Sache die actio negotiorum gestorum directa Platz greift, trotzdem demselben die Absicht, ein fremdes Geschäft zu führen, ferne lag.

Man kann auch damit nicht über l. ult. cit. hinwegkommen, daß man die in derselben gewährte Klage als eine condictio sine causa im Gewande der Geschäftsführungsklage bezeichnet.[4]) Da die condictio sine causa, wie oben darzuthun versucht wurde, nach römischem Recht im Falle der Veräußerung wegen mangelnden

---

dem bonae fidei possessor zu verweigern. In der That läßt sich diese Klage aus den Quellen nachweisen, welche in l. 23. 5 D. 6. 1 wenigstens für den Fall der Verwendung durch Verbindung eine actio in factum ganz allgemein gewähren (Zimmermann, echte und unechte negotiorum gestio S. 90 ff.). Zimmermann hat mittelst einer Beweisführung, die Windscheid (§ 422 Anm. 7) mit Unrecht als eine außerordentlich gewagte bezeichnet, dargethan, daß auch abgesehen vom Fall der Verbindung wegen Verwendungen eine Klage zulässig sein müsse.

[1]) Dernburg, Pandekten II § 123, 2b, Windscheid § 431 Anm. 18b.

[2]) Zimmermann, a. a. O. S. 25 f.

[3]) S. Windscheid § 430 Anm. 1, Monroy S. 50 ff.

[4]) Windscheid § 431 Anm. 18, zwei Fragen S. 10 Anm. 6, vgl. Moreau, Dissertation S. 19 Anm. 2, Zimmermann S. 42 Anm. 59, Monroy S. 100, Brinz § 321 Anm. 13.

Kausalzusammenhangs zumeist ausgeschlossen ist, war vielmehr die Notwendigkeit gegeben, für die Ausfüllung der von der condictio sine causa gelassenen Lücke zu sorgen und eine zur Ergänzung geeignete Klage aufzustellen, als welche die negotiorum gestorum actio erschien; es ist deshalb nicht angängig, die in l. ult. cit. gewährte Klage als eine verschleierte condictio sine causa hinzustellen, und insbesondere ist die Berufung auf l. 23 D. 12. 1 nicht am Platze, weil diese letztere Stelle nicht eine condictio sine causa gewährt (s. oben S. 29).

Aus dem Gesichtspunkte der negotiorum gestio ergeben sich naturgemäß ganz andere Konsequenzen bezüglich der Haftung des gutgläubigen Veräußerers als aus dem der ungerechtfertigten Bereicherung auf Kosten des Eigentümers. Insbesondere ist die genaue und sorgfältige Erforschung des Ursprungs der Bereicherung, welche bei der condictio unerläßlich erscheint, für die Geschäftsführungsklage entbehrlich; es ist kein Erfordernis dieser Klage, daß der Geschäftsführer auf Kosten des Geschäftsherrn bereichert sei. Daraus leiten sich wichtige Folgerungen ab.

Der Gerent hat gemäß l. 2 D. 3. 5 dem dominus negotii herauszugeben, was er auf grund seiner Geschäftsführung in Händen hat. Diese Verpflichtung ist strenger, als sie gegenüber der Bereicherungsklage dem Veräußerer obliegt; dem negotiorum gestor bleibt die Möglichkeit, einen Vermögensvorteil für sich zu gewinnen, verschlossen, er muß herausgeben, quidquid ex his negotiis retinet.[1]) Daher kommt dem veräußernden gutgläubigen Besitzer ein unter besonders günstigen Bedingungen abgeschlossener Verkauf nicht zu gute; er muß dem klagenden Eigentümer nicht nur den Betrag erstatten, der dem Werte der Sache entspricht, sondern auch den Ueberschuß über den Wert, den er durch seine Geschicklichkeit gemäß l. 22. 3 D. 19. 2 erzielt hat, er haftet auf das ganze pretium. Eine Bestätigung hiefür findet sich auch in l. 4 D. 16. 3, welche von den Kompilatoren in Zusammenhang mit l. 1 i. f. D. eod. gebracht worden ist. Nachdem in l. 1 i. f. der Fall behandelt war, daß der Erbe eine bei dem Erblasser hinterlegte oder ihm geliehene Sache als vermeintlich eigene verkauft hat, und entschieden

[1]) Windscheid § 430 Anm. 9.

war, daß solchenfalls dem Eigentümer der Sache ein Anspruch auf das pretium zustehe, fährt l. 4 cit. fort:

sed et si non sit heres, sed putavit se heredem et vendidit, simili modo lucrum ei extorquebitur.

Die Klage, die dabei gemeint ist, kann kaum eine andere sein als die actio negotiorum gestorum, da die actio depositi bezw. commodati gegen den Putativerben, der in die Verbindlichkeiten des Erblassers nicht succediert, unanwendbar ist und die condictio sine causa bei noch vorhandener Vindikationsmöglichkeit vorweg außer Betracht bleibt. Die Haftung erstreckt sich aber nicht bloß auf den Sachwert, sondern auf das ganze lucrum.

Afrikan erwähnt in l. ult. den Untergang der verkauften Sache; er läßt aber nicht erkennen, ob er den Untergang als eine Folge der Veräußerung betrachtet oder nicht. Jedoch ergibt sich aus dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung, daß ein Kausalzusammenhang zwischen der Veräußerung und dem Wegfall der Vindikationsmöglichkeit zur Begründung der Klage nicht zu fordern ist. Damit fällt ein von Chambon[1]) erhobener Einwand weg. Wenn auch, so meint Chambon, der Geschäftsführungswille fehlen darf, so müsse doch mindestens ein fremdes Geschäft geführt worden sein, falls die Geschäftsführungsklage zulässig sein solle; allein im Falle der l. ult. D. 3. 5 sei das Geschäft nicht fremd, nicht ein Geschäft des Eigentümers, da dieser durch den Verkauf in seiner Vermögenslage nicht berührt werde. Dieses Bedenken trifft um deswillen nicht zu, weil zur Anstellung der actio negotiorum gestorum nicht notwendig ist, daß das Vermögen des Klägers eine Aenderung oder Minderung erlitten hat,[2]) sondern die bloße Ausübung eines fremden Vermögensrechtes genügt.[3]) Die actio negotiorum gestorum ist auch dann zulässig, wenn der Veräußerer sich nicht „auf Kosten des Eigentümers" bereichert hat, sie findet also auch in denjenigen Veräußerungsfällen statt, wo für die condictio sine causa kein Raum ist; auf die actio negotiorum gestorum der l. ult. cit. paßt das von Windscheid[4]) — allerdings

[1]) negotiorum gestio S. 39 f.
[2]) Vgl. l. 7 (8) 1, l. 22 (23) D. h. t. 3. 5.
[3]) Monroy S. 60.
[4]) Zwei Fragen S. 10 Anm. 6.

in anderer Beziehung — gebrauchte Wort, daß sie die condictio sine causa zwar deckt, aber auch überholt. Allerdings muß dieser Ausspruch eine gewisse Einschränkung erfahren; er gilt nur, soweit es sich um die Klage gegen den veräußernden gutgläubigen Besitzer handelt; dagegen ist in den Aneignungsfällen der Konsumtion, Vermischung, Neugestaltung und Verbindung nur die condictio, nicht aber die Geschäftsführungsklage am Platze. Im Veräußerungsfalle ist aber die Klage der l. ult. nicht nur dann statthaft, wie Brinz glaubt,[1]) wenn keine andere Klage zutrifft, sondern sie konkurriert in vielen Fällen mit der condictio sine causa.

Welche Klage der Eigentümer hier vorziehen wird, ist dann unschwer zu erraten, wenn ein den Sachwert übersteigender Kaufpreis erlöst worden ist, da ihm die condictio sine causa höchstens den Wertbetrag seiner Sache, die actio negotiorum gestorum jedoch den ganzen Erlös einbringt. Bei Veräußerung zu wertentsprechendem oder geringerem Preise führen beide Klagen zum gleichen Ziel: der gewesene Eigentümer erhält den vereinnahmten Kaufpreis.

Sollte zur Zeit des Untergangs die Sache einen höheren Wert haben als der vereinnahmte Kaufpreis beträgt, so wird der Beklagte nicht diesen Wert, sondern nur den Erlös zu erstatten haben. Wie aber, wenn der Sachwert gesunken ist und zur Zeit des Untergangs vielleicht erheblich weniger beträgt als das pretium, darf dann der Beklagte dem gewesenen Eigentümer die Einrede entgegensetzen, er habe durch den Untergang nicht mehr verloren als den letzten Wert seiner Sache und könne also nicht mehr als diesen Wert erstattet verlangen? Die Antwort gibt l. 2 D. 3. 5; es kommt nicht auf die Höhe des Verlustes an, den der Kläger erlitten hat, sondern der Gewinn des gestor bestimmt den Umfang der Klage; der Eigentümer wird durch gutgläubige entgeltliche Veräußerung seiner Sache seitens eines regreßlosen (S. 37) Dritten vom periculum rei frei[2]) und weder die Verschlechterung noch der Untergang der Sache bringt ihm Verlust.

---

[1]) Pandekten § 321 Anm. 13.

[2]) Vgl. Brinz § 302 Anm. 8.

Was die Frage anlangt, ob der gutgläubige Veräußerer erst subsidiär in Anspruch genommen werden könne, so ist für unsere actio nach den bei der Geschäftsführung herrschenden Principien wohl anzunehmen, daß sie nicht erst nach Wegfall der Vindikationsmöglichkeit, sondern schon vorher neben derselben gestattet sein müsse. Hierin hat Chambon[1]) Recht, daß durch den Sachuntergang die Veräußerung nicht zum negotium alienum werden kann, wenn sie es nicht schon vorher gewesen ist, und daher wird auch die Klage nicht erst durch den Wegfall der reivindicatio, sondern auch durch den freiwilligen Verzicht auf dieselbe begründet. Diese Befugnis des Eigentümers, das über seine Sache abgeschlossene Geschäft zu ratihabieren und die Früchte desselben sich anzueignen, ist jedoch nicht allgemein anerkannt[2]) und in der That könnte auch nach dem Wortlaute der l. ult. cit. der Anschein entstehen, als trete die Geschäftsführungsklage erst durch den Wegfall der Eigentumsklage ein, weil der Untergang der Sache in auffälliger Weise betont wird. Doch hat die Hervorhebung sicherlich nicht die Bedeutung, daß damit eine Bedingung für die Anstellung der Klage ausgesprochen werden sollte, sie ist vielmehr dadurch zu erklären, daß gerade in diesem Falle die Inanspruchnahme des gutgläubigen Veräußerers von besonderer Wichtigkeit für den Eigentümer ist. Dies geht deutlich aus der im folgenden Abschnitte IV zu besprechenden l. 12. 1 D. 20. 5 hervor, welche die actio negotiorum gestorum wahlweise mit der vindicatio gewährt.

Natürlich muß der Eigentümer, wenn er vor dem Untergang seines Eigentumsrechtes den Kaufpreis mittelst der Geschäftsführungsklage fordert, auf die ihm zustehende Eigentumsklage entweder ausdrücklich oder stillschweigend — eben durch die Klaganstellung — verzichten; es ist nicht angängig, daß er beides, den Erlös und die Sache, erhalte. Der Verzicht liegt auch in der Ratihabition, denn durch diese geht das bisherige Eigentum zufolge

---

[1]) a. a. O. S. 39. f.

[2]) Schweppe, röm. Privatrecht II § 268, 5b, Brinz § 321 Anm. 13, Vangerow III § 628 i. f., Seufferts Archiv Band 14 Nr. 238 gewähren die a. neg. gest. nur subsidiär.

l. 3. 1 C. 3. 32 unmittelbar unter.[1]) Eine Beiziehung des Käufers ist nicht notwendig, um ihn vor der reivindicatio zu schützen; da die Ratihabition gemäß l. 12. 4 D. 46. 3 den negotiorum gestor in eine ähnliche Stellung versetzt, wie sie der Mandatar inne hat, und ein zufolge Mandats vorgenommener Verkauf dem Erwerber gegen die Vindikation des Mandanten die exceptio rei venditae et traditae verleiht, so muß diese Einrede arg. l. 1. 2 D. 21. 3 auch im Falle der Ratihabition dem Käufer zustehen.

Nach den bisherigen Ergebnissen kommt der actio negotiorum gestorum eine bedeutend weitere Anwendbarkeit als der condictio sine causa zu. Doch bleibt noch zu untersuchen, ob die Geschäftsführungsklage gegen jeden Veräußerer zulässig oder ob ein Unterschied nach dem Erwerbstitel wie bei der condictio zu machen ist. In dieser Beziehung wird sich die Betrachtung nicht von der Hand weisen lassen, daß der Besitzer mit Regreßrecht eine wesentlich andere Stellung auch vom Standpunkte der Geschäftsführung aus einnimmt als der regreßlose. Wer mit der Sache nicht zugleich eine Regreßberechtigung für den Eviktionsfall erworben hat, ist nicht befugt, die Sache, d. h. den Vermögenswert derselben als seinem Vermögen zugehörig anzusehen und vollzieht daher durch die Veräußerung nicht ein eigenes, sondern ein fremdes Geschäft.[2]) Dagegen trifft gegenüber dem regreßberechtigten Veräußerer die Behauptung nicht zu, daß er ein fremdes Geschäft geführt habe. Da die Sache in Gestalt des eventuellen Regreßanspruches ihm gehört, einen Bestandteil seines eigenen Vermögens bildet, so veräußert er mit derselben ein eigenes Vermögensobjekt, sei es, daß er auf den Käufer nur das Recht des gutgläubigen Besitzes oder (nach heutigem Recht) das Eigentum überträgt. Der regreß-

[1]) Auch ohne daß der Eigentümer den Kaufpreis schon erhalten hat, wie man nach l. 25. 17 D. 5. 3 verb: certe si minori annehmen könnte. An dem Umstande, daß durch die Ratihabition das Eigentum des Ratihabenten erlischt, scheitern die Ausführungen Zimmermanns a. a. O. S. 56 f.

[2]) Er kann sich, auch wenn er mit pactum de non praestanda evictione veräußert hat, zur Abwendung der Klage nicht etwa darauf berufen, daß er nicht sowohl eine fremde Sache als vielmehr die Wahrscheinlichkeit des eigenen Eigentums an derselben veräußert habe, denn diese Wahrscheinlichkeit ist nichts anderes als der gutgläubige Besitz an sich, welcher die Sache selbst oder deren Wert nicht ins Vermögen des Besitzers bringt.

berechtigte Veräußerer führt ein negotium proprium und haftet daher nicht.

Er haftet auch nicht auf den Betrag des etwaigen Mehrerlöses über den eigenen Erwerbsaufwand. Wollte man den regreßberechtigten Veräußerer insoweit haften lassen, so könnte er im Wege des Regresses die gezahlte Summe von seinem Autor ersetzt verlangen. Dieser würde hinwiederum, wenn die actio negotiorum gestorum gegen ihn angestellt wird, den an den regreßberechtigten Nachmann gezahlten Betrag dem Kläger in Abzug bringen, weil im entgegengesetzten Falle der Kläger einen Gewinn auf fremde Kosten machen würde. Demnach würde der Eigentümer durch die Klage gegen den regreßberechtigten zweiten Veräußerer auf den Ueberschuß etwas verlangen, was im Zahlungsfalle auf seine eigenen Kosten vom Autor des Beklagten diesem zurückzuerstatten wäre, ein Verhältnis, welches arg. l. 7. 1 l. 8 pr. D. 44. 4 die exceptio doli für den regreßberechtigten Beklagten begründet.

Regreßlose Besitzer unterliegen der actio negotiorum gestorum auch dann, wenn ihnen ein titulus verus zur Seite steht, da der Titel zur negotiorum gestio keine Beziehung hat. Es möchte aber fraglich erscheinen, ob dem regreßlosen Veräußerer mit titulus onerosus putativus der Abzug des eigenen Erwerbsaufwandes zu gestatten sei, und zwar im Hinblicke auf l. 2 D. 3. 5, wonach der Kläger dem Geschäftsführer entsprechend gemachte Auslagen ersetzen muß; ja l. 18. 4 D. eod. gibt dem gestor sogar das Recht, Zinsen für die ausgelegten Beträge zu fordern. Dieses Resultat erscheint aber doch einigermaßen bedenklich, da der Beklagte beim seinerzeitigen Erwerb die Aufwendung weder im fremden Interesse noch unter Führung eines fremden Geschäfts gemacht hat. Nicht der Erwerb der Sache,[1]) sondern nur die Veräußerung ist nach l. ult. cit. ein fremdes Geschäft, und der ausgegebene Kaufpreis ist für den Nichtregredienten gegenüber der negotiorum gestorum actio gerade so gut verloren wie gegenüber der vindicatio. Nur im Falle nichtigen entgeltlichen Erwerbs vom Kläger selbst ist, wie bei der condictio sine causa, dem Beklagten der Abzug des eigenen Erwerbsaufwandes zu gestatten.

[1]) Anders freilich im Falle der l. 5. 10 (6. 8) D. 3. 5.

IV.

L. 12. 1 D. 20. 5.

Si aliena res pignori data fuerit et creditor eam vendiderit, videamus, an pretium quod percepit creditor liberet debitorem personali actione pecuniae creditae. quod vere responderetur, si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur, quia ex contractu et qualiquali obligatione a debitore interposita, certe ex occasione eius redactum id pretium aequius proficeret debitori, quam creditoris lucro cederet. sed quantum quidem ad creditorem debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena iactura sibi lucrum adquirat (Tryphoninus libro octavo disputationum).

In dieser Stelle[1]) wird dem Eigentümer eine Klage gegen den gutgläubigen Veräußerer ausdrücklich vor dem Wegfall der Vindikationsmöglichkeit gewährt. Ein Schuldner hat eine gutgläubig besessene fremde Sache verpfändet und der Pfandgläubiger hat dieselbe unter Ausschluß der Eviktionshaftung verkauft. Da nun dem Gläubiger das Behalten des Kaufpreises sicher ist, gilt die Pfandschuld als erloschen, der Schuldner ist dem Gläubiger gegenüber frei. Aber er ist nicht überhaupt frei. Wenn nämlich der Eigentümer die Sache vindiciert, so steht dem Käufer gegen den Schuldner die actio negotiorum gestorum contraria zu, welche sich darauf gründet, daß der Käufer durch die Zahlung des Kaufpreises an den Gläubiger unter Verzicht auf die eventuelle Eviktionsentschädigung die Schuld getilgt, den Schuldner befreit hat.[2]) Doch ist der Eigentümer nicht genötigt zu vindi-

[1]) S. Windscheid, zwei Fragen S. 6. ff., Zimmermann S. 51, Dernburg, Pfandrecht II S. 195, Bolze im Archiv f. d. civil. Praxis Band 78 S. 447, Witte, Bereicherungsklagen § 41, Moreau, Dissertation S. 15 ff., Hellwig, Dissertation S. 36 ff., Brinz § 302 Anm. 8, Monroy S. 10, 23, 100.

[2]) Vgl. oben S. 32 Anm. 1; übrigens ist die gegen den Verpfänder zu gewährende Klage streitig, s. Dernburg I § 282 Anm. 7 nebst Nachweisungen, dazu Brinz, 2. Auflage § 270 Anm. 38.

cieren, er kann auch, si necdum pignus evictum est, mit einer actio utilis gegen den Verpfänder vorgehen.

Diese actio utilis ist nach Dernburg und Bolze dieselbe actio contraria negotiorum gestorum, wie sie dem Käufer post evictionem zusteht; denn der Eigentümer befreie durch den Verzicht auf die Eigentumsklage den Pfandschuldner von der Verpflichtung, dem Käufer nach stattgehabter Eviktion Schadlosigkeit zu gewähren und darin liege ebenfalls die Tilgung einer Schuld des Verpfänders. Zu den beiden bisher gegen den gutgläubigen Veräußerer für zulässig befundenen Klagen würde also eine dritte hinzutreten, welche dann Platz zu greifen hätte, wenn der Eigentümer durch Unterlassung der Vindikation den Veräußerer von der Verpflichtung frei macht, dem nunmehrigen Besitzer das Eviktionsinteresse zu leisten. Aus dieser Auffassung ergibt sich, daß der veräußernde gutgläubige Besitzer nur dann der actio contraria unterliegt, wenn er im Eviktionsfalle seinem Abkäufer ersatzpflichtig ist, daß er aber solchenfalls unbedingt haftet, selbst wenn er durch den Verkauf der Sache einen Gewinn nicht gemacht oder den Kaufpreis zur Zeit der Klagestellung ohne Bereicherung bereits konsumiert hat; ja die Klage wäre selbst gegen denjenigen ehemaligen Besitzer statthaft, welcher die Sache unter pactum de praestanda evictione verschenkte, weil auch dieser durch den Verzicht des Eigentümers seiner Verbindlichkeit ledig wird.

Allein die von Dernburg vorgeschlagene actio contraria kann nicht acceptiert werden. Es war schon bei Besprechung der condictio sine causa[1]) davon die Rede, daß die Haftung für den Eviktionsfall nicht als eine Schuld im gewöhnlichen Sinne bezeichnet werden kann, daß sie vielmehr nur die Grundlage für die eventuelle Entstehung einer Schuld ist. Das trifft auch hier zu. Wenn auch die Tilgung einer unbedingten Schuld gegen den Schuldner die actio contraria negotiorum gestorum begründet, so braucht doch in unserem Falle der Verpfänder die Befreiung von der bedingten Schuld durch Bewirkung der Deficienz der Bedingung nicht als eine ihn ersatzpflichtig machende Handlung gelten zu lassen; die actio contraria ist also nicht begründet.

[1]) S. 23.

Bei seinem Vorschlag war Dernburg von dem Bestreben geleitet, dem Wortlaute der l. 12. 1 D. cit. gerecht zu werden, welche, wie es scheint, eine und dieselbe Klage für den Käufer wie für den Eigentümer gewährt.[1]) Diese Erwähnung nur einer Klage könnte allerdings ebensogut eine Ungenauigkeit sein wie der fast unmittelbar vorhergehende Singular ipsi eine Ungenauigkeit ist, da er sich auf den Käufer und den Eigentümer bezieht. Doch läßt sich die eine Klage aufrecht erhalten, wenn man, worauf l. ult. D. 3. 5 zwingend hinweist, die Klage des Eigentümers gegen den Verpfänder als die actio directa negotiorum gestorum auffaßt. Windscheid[2]) hat mit vollem Recht betont, daß der Eigentümer auf die Eviktion verzichte durch Billigung des über seine Sache abgeschlossenen Geschäfts, dadurch, daß er das abgeschlossene Geschäft sich aneignet, und damit ist der Gesichtspunkt der actio directa gegeben.

Zur actio directa kommt auch Zimmermann, jedoch auf einem Wege, der nicht zu billigen ist. Er geht davon aus, daß die actio utilis des Eigentümers eine Bereicherungsklage nicht sein kann, da die Eviktionsmöglichkeit noch besteht; es bleibt ihm dann nur noch die direkte Geschäftsführungsklage übrig, welche er auch annimmt. Um aber mit seiner eigenen Ansicht, daß die actio negotiorum gestorum directa gegen gutgläubige Beklagte nur bei vorhandener Geschäftsführungsabsicht möglich sei, nicht in Widerspruch zu geraten, imputiert Zimmermann dem Verpfänder mala fides.[3]) Die Annahme der Unredlichkeit ist jedoch völlig willkürlich und findet, wie Windscheid hervorhebt, in der Stelle selbst gar keinen Anhalt; Hellwig macht den vollberechtigten Einwand, daß bei Unredlichkeit des Verpfänders die Klage nicht in der Weise motiviert worden wäre, wie es geschehen ist, nämlich mit der Berufung auf die Billigkeit: ne ex aliena iactura sibi lucrum adquirat. Die Annahme, daß die Stelle einen unredlichen Besitzer im Auge habe, muß daher verworfen werden. L. 12. 1

[1]) Vgl. Windscheid, zwei Fragen S. 8 unten, aber auch Moreau S. 17 oben.

[2]) a. a. O. S. 9 unten.

[3]) Unredlichkeit nehmen ebenfalls an Brinz und Witte, welche dem Eigentümer die reivindicatio utilis gegen den Verpfänder als fictus possessor gewähren.

cit. bestätigt nicht nur das aus l. ult. D. 3. 5 gewonnene Resultat, sondern kann überdieß noch zum Beweise dafür dienen, daß die Statthaftigkeit der actio directa negotiorum gestorum vom Wegfalle der Vindikationsmöglichkeit nicht abhängig ist.

V.

L. 17 pr. D. 6. 1.

Julianus libro sexto digestorum scribit, si hominem, qui Maevii erat, emero a Titio, deinde cum eum Maevius a me peteret, eundem vendidero eumque emptor occiderit, aequum esse me pretium Maevio restituere (Ulpianus libro sexto decimo ad edictum).

Der gutgläubige Käufer eines fremden Sklaven, der denselben weiter verkauft, haftet hier nach dem Untergang der verkauften Sache dem Eigentümer auf den vereinnahmten Erlös, obgleich er regreßberechtigter Besitzer ist. Jedoch läßt ihn Ulpian nicht schlechthin haften, sondern nur dann, wenn die Veräußerung nach der Anstellung der Eigentumsklage, nach dem Proceßbeginn vorgenommen wurde.[1]) Das liegt in den Worten cum peteret ausgedrückt. Hellwig glaubt allerdings, diesen Worten sei eine entscheidende Bedeutung nicht beizumessen, und findet in denselben nicht den Ausdruck dafür, daß der Proceß schon begonnen habe, sondern daß er bevorstehe; er übersetzt daher cum peteret mit: „als er im Begriffe stand zu vindicieren, als er vindicieren wollte“ [2].) Diese Annahme ist schon deshalb zu verwerfen, weil

[1]) Ueber diese Stelle s. Ihering, Abhandl. S. 70, Wetzell, Vindikationsproceß S. 235, Chambon, negostiorum gestio S. 37, Witte, Bereicherungsklagen S. 311, Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht I S. 112, Zimmermann a. a. O. S. 52, Windscheid, zwei Fragen S. 14, Ihering, Jahrb. f. Dogm. Band 16 S. 236, Hellwig, Dissertation S. 41, Pfersche, Bereicherungsklagen S. 78, Seufferts Archiv Band 45 Nr. 187, Pacchioni in der Festgabe für Filippo Serafini v. 26. Juni 1892 (studi giuridici, Firenze) pag. 101—109.

[2]) So schon Digestum Vetus Tom. I Lugd. 1604 (Gothofred) S. 833 ad h. l.: Vel dic, quod non erat petitus et quod dicit, peteret, expone id est, petere vellet, sic et l. 105 D. 45. 1.

aus dem Zusammenhang, in dem die Stelle sowohl bei Ulpian[1]), als auch im Corpus iuris steht, deutlich hervorgeht, daß an Veräußerung nach dem Proceßbeginn gedacht ist. Die Klage, mit welcher gegen den Veräußerer vorgegangen wird, ist auch weder die Bereicherungs- noch die Geschäftsführungsklage,[2]) sondern die reivindicatio, welche jetzt bei Unmöglichkeit der Naturalrestitution nur den Klagegegenstand geändert hat.

Es ist angenommen worden,[3]) daß Ulpian den Beklagten auf den Wert haften lassen wolle, da dolose Veräußerung während des Processes zum Wertersatz verpflichte. Doch sprechen dafür, daß pretium hier nicht den Wert, sondern den Kaufpreis bedeutet, gewichtige äußere und innere Gründe; so die Redewendung pretium restituere, der Zusammenhang mit vendidero, und die Begründung der Haftung durch Berufung auf die Billigkeit, welche man einem dolosen Veräußerer gegenüber für höchst überflüssig erachten darf. Von einem dolosen Verhalten des Beklagten enthält die Stelle keine Andeutung, und der Beginn des Processes macht den Besitzer noch nicht zum malae fidei possessor.[4]) Nicht einmal von verbotener Veräußerung darf gesprochen werden, da zu Ulpians Zeiten die Veräußerung der res litigiosa noch nicht verboten war. Die Haftung auf den Wert wäre nur dann anzunehmen, wenn dem Beklagten am Untergang der Sache eine Schuld zur Last gelegt werden könnte. Pacchioni[5]) macht einen Unterschied zwischen

[1]) Lenel, Palingenesie II S. 510.

[2]) Pacchioni S. 102 hält die actio neg. gest. und die condictio certi für zulässig: il fondamento giuridico dell' azione è dunque l'alienità oggetiva dell' affare trattato, l'azione sarà o un actio neg. gest. dir. o una condictio certi ex negotio gesto.

[3]) Von Ihering, Abhandl., Chambon, Witte.

[4]) A. M. Francke her. pet. S. 236.

[5]) S. 108 f.: Se invece il possessore ha venduto lo schiavo come incontroverso, egli ha posto il terzo acquirente nella medesima posizione nella quale egli si trovava prima di essere convenuto dal proprietario, in posizione tale cioè nella quale gli era lecito anche uccidere senza incorrere in alcuna responsabilità, tamquam re sua abutatur. In questo caso peraltro egli vendendo non si rende responsabile solo de pretio ma per l'interesse: ma non è questo il caso trattato nella L. 17 pr.

dem Fall des Verkaufs des vindicierten Sklaven als solchen und dem Fall des Verkaufs ohne Hinweis auf den schwebenden Proceß; er versteht die l. 17 pr. von dem ersteren Falle. Bei Verkauf ohne Hinweis auf die Litigiosität soll der Veräußerer, wenn der Sklave durch den Erwerber getötet wird und gegen letzteren eine actio legis Aquiliae wegen seiner bona fides nicht statt hat, dem gewesenen Eigentümer für das Interesse verantwortlich sein. Diese Unterscheidung ist wohl zu eng gefaßt. Dem mit der vindicatio belangten Besitzer wird aus einer Veräußerung ohne Aufklärung über den anhängigen Eigentumsstreit dann ein Vorwurf nicht zu machen sein, wenn er annehmen konnte, der Erwerber werde die Sache nicht beschädigen. In der vorliegenden Stelle findet sich von einer Schuld des Beklagten keine Andeutung, und deshalb ist die Haftung auf den Wert nicht gewollt. Aus dem gleichen Grunde ist auch die Ansicht Mommsens nicht zu billigen, welcher dem gewesenen Eigentümer ein Wahlrecht zwischen Erlös und Interesse gibt.

Die Mehrzahl der Autoren versteht denn auch den Kaufpreis unter pretium, und selbst Ihering, der ursprünglich unter den Gegnern war, hat später in seinen Jahrbüchern l. c. im Anschluß an Zimmermann die Klage auf den Kaufpreis gegeben. Die von Zimmermann versuchte Begründung darf aber nicht unwidersprochen bleiben. Darnach wäre der Thatbestand so, daß der Beklagte den Sklaven zwar pendente lite verkauft, aber noch nicht tradiert hätte, als ihn der Käufer tötete; der beklagte Verkäufer brauche daher nicht Ersatz zu leisten, da er auf die Sache nicht eingewirkt habe, aber die Billigkeit erfordere, daß er den aus der Sache gezogenen Vorteil, den erlösten Kaufpreis herausgebe. Nach dieser Darstellung erscheint es rätselhaft, wie der Käufer dazu kommt, den Sklaven zu töten, der noch in fremdem Besitz und Eigentum sich befindet; es würden sich überdies bezüglich der Anwendbarkeit der aquilischen Haftung Verwicklungen ergeben, auf welche doch sicherlich hingedeutet worden wäre, wenn alles so, wie Zimmermann glaubt, sich ereignet hätte.

Die Haftung auf den Kaufpreis läßt sich auf ziemlich einfache Weise erklären. Da die Veräußerung nicht in doloser Weise vorgenommen wurde, ist eigentlich der regreßberechtigte Beklagte,

der als solcher weder der condictio sine causa noch der negotiorum gestorum actio unterliegt, von jeglichem Anspruche des Vindikanten frei geworden. Allein die Haftung des im Proceß befangenen Besitzers ist strenger als die gewöhnliche; dem Kläger soll weder infolge der durch den Widerspruch des Gegners eintretenden Verzögerung der richterlichen Entscheidung ein Nachteil erwachsen, noch soll der Beklagte durch die Zögerung eine Verbesserung seiner Lage erfahren, selbst wenn er in optima fide ist.[1]) Nun hat aber der Beklagte in dem hier zur Besprechung stehenden Falle thatsächlich durch die entgeltliche Veräußerung einen Vorteil erfahren; während er die Sache auf die bereits angestellte Vindikation hin hätte herausgeben und sich dann auf dem Regreßwege Schadlosigkeit hätte holen müssen, hat er sich nunmehr die Mühe und vielleicht auch das Risiko der Regreßklage erspart und das pretium erhalten. Andererseits hat der Eigentümer die größere Mühe, seine Sache anderswo sich zu erstreiten oder, wenn dieselbe unterging, einen regreßlosen Veräußerer ausfindig zu machen, den er belangen kann, eventuell würde er sogar leer ausgehen. Diese Verschiebung, die während des Processes eingetreten ist, muß beseitigt werden, wenn anders nicht ein unbilliges Resultat entstehen soll. Vom Augenblicke der Klagestellung an mußte der Beklagte damit rechnen, die Sache herauszugeben und sich Regreß zu erholen; indem ihm jetzt der Erlös für die Sache genommen wird, ist er wieder auf den Stand zurückversetzt, den er zu Beginn des Processes inne hatte.

Das sind die Billigkeitserwägungen, denen zuliebe Ulpian in einem außergewöhnlichen Falle sogar den regreßberechtigten Veräußerer haften läßt. Der Schluß, daß diese Haftung auch außerhalb des Processes stattfindet[2]), ist nicht gerechtfertigt.

VI.

Weitere Stellen.

Nachdem im Vorstehenden vier für die Entscheidung unserer Frage besonders wichtige und ausschlaggebende Stellen ausführlich erörtert wurden, sollen nunmehr noch diejenigen Pandekten- und

[1]) l. 17. 1 D. 6. 1, Windscheid § 124.

[2]) So Hellwig und Seufferts Archiv a. a. O.

Kodexstellen angeführt und untersucht werden, aus denen möglicherweise noch Anhaltspunkte zu gewinnen sind; es wird zweckmäßig sein, die von Windscheid in seinen „Zwei Fragen" gewählte Reihenfolge beizubehalten.

1) **L. 30 pr. D. 19. 1.**

Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. quamvis ea res quam subripuit interierit, nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus. nam licet, si iam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem aut eatenus haberem quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset, tamen in proposito et retentionem me habiturum et, si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim posse me condicere. secundum quae dicendum: si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, tu ignorans furtivos esse quasi peculiares ademeris et consumpseris, condictio eo nomine mihi adversus te competet, quasi res mea ad te sine causa pervenerit (Africanus libro octavo quaestionum).[1])

Man hat unter der am Schlusse der Stelle erwähnten Klage die condictio indebiti verstanden: durch die vom Sklaven vor der Tradition vorgenommene Entwendung habe sich das peculium ipso iure um die Pekuliarschuld ex causa condictionis furtivae gemindert, und da der Verkäufer in Unkenntnis davon unterlassen habe, den Abzug zu machen, habe er mehr geleistet als wozu er verpflichtet war, und stehe ihm auf das plus die condictio indebiti zu. Mit dieser Auslegung können wir uns nicht einverstanden erklären.

Die Stelle zerfällt in zwei Teile, welche durch die Worte: secundum quae dicendum geschieden sind. Afrikan geht aus von

[1]) Bolze, civ. Archiv Band 79 S. 204, Brinz § 302 Anm. 8, Göppert S. 357, Windscheid § 422 Anm. 4a, zwei Fragen S. 5, Zimmermann S. 48, Hellwig S. 15 ff., Monroy S. 102, Pernice, Labeo III S. 251; Thur, actio de in rem verso S. 164 f.

einem furtum, woraus dem Käufer des Sklaven ein Vorteil nicht erwachsen ist, da die entwendete Sache durch Zufall zu grunde ging. Wenn die Entwendung in die Zeit fiel, wo die Tradition noch nicht erfolgt, also der Bestohlene noch Eigentümer des Sklaven war, so erwächst eine Pekuliarschuld aus der condictio, worunter man wohl die furtiva verstehen darf, das peculium wird dadurch gemindert und völlige Auszahlung desselben aus Irrtum begründet die condictio indebiti. War aber der Sklave schon tradiert, als er das furtum beging, so ist die condictio entweder gar nicht zulässig oder nur, soweit das peculium dadurch vermehrt ist. Bis hieher wird immer noch daran festgehalten, daß die Sache zu grunde ging.

Nunmehr geht Afrikan zum zweiten Teil der Erörterung über, dem eine andere Sachlage zu grunde gelegt wird; die entwendete Sache ist nicht mehr dieselbe geblieben, es handelt sich jetzt um ein Vermögensobjekt besonderer Art, um Geld, und zwar um solches, das der b. f. possessor zu seinem Vorteil verwendete, indem er es bona fide durch Konsumtion sich aneignete. Bei dieser Sachlage, welche eine Bereicherung des Beklagten bedeutet, bedarf es keiner kasuistischen Untersuchung, je nachdem die Entwendung stattfand vor oder nach der Tradition; vielmehr ist unter allen Umständen eine condictio sine causa zulässig, die sich auf die Thatsache der Bereicherung aus fremdem Vermögen gründet.

Man darf dieser Deutung nicht entgegen halten, die Bemerkung: secundum quae dicendum lasse nicht darauf schließen, daß nun ein anderer Fall besprochen werden wolle. Ein solcher Einwand würde vielleicht zutreffen, wenn nicht gerade Afrikan der Verfasser dieser Stelle wäre, der, wie Salkowski[1]) sagt, durch die in der Tiefe und Schärfe seiner Deduktionen gegründete Schwerverständlichkeit berühmt geworden ist.

Die von Afrikan am Schlusse der Stelle gewährte Klage ist als condictio sine causa aufzufassen. Sie genügt auch den Anforderungen, welche an die Bereicherungsklage gestellt werden müssen, da die aus der Konsumtion der Geldstücke erwachsende Bereicherung der Rechtfertigung entbehrt und auf Kosten des Eigen-

[1]) Lehrbuch der Institutionen § 8 Z. 14.

tümers gewonnen ist; denn durch den Akt der Konsumtion geht unmittelbar das bisherige Eigentum unter.

Die l. 30 pr. D. cit. bestätigt somit das oben (S. 25 f.) gewonnene Resultat, daß das Verzehren oder Verbrauchen fremder Sachen, soferne damit eine Bereicherung verbunden ist, die condictio sine causa begründet.

2) L. 18 pr. D. 12. 1.

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti (Ulpianus libro septimo disputationum).[1])

Ulpian nimmt wohl im Gegensatz zu Julian (l. 36 D. 41. 1) an, daß infolge Dissenses über die causa traditionis durch die Tradition Eigentum an den Geldstücken auf den Empfänger nicht übergeht, sondern dieselben zunächst vom Geber vindiciert werden können[2]). Wenn nun Ulpian durch die Konsumtion der Geldstücke für den Geber eine condictio an sich entstehen läßt, so meint er damit zweifellos die condictio sine causa. Nun ist aber thatsächlich die condictio durch eine entgegenstehende exceptio doli hier ausgeschlossen und zwar wird das anscheinend damit motiviert, daß kein mutuum zu stande gekommen ist; denn „quare" ist auf „nec mutuum esse" zu beziehen. Diese Begründung befriedigt nicht. Savigny[3]) hat die exceptio doli durch die Unterstellung zu erklären versucht, daß Ulpian Konsumtion ohne Bereicherung vorausgesetzt habe. Gegen diese Annahme spricht jedoch die der exceptio doli in der Stelle beigegebene Begründung: quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.

---

[1]) Brinz § 302 Anm. 8, Göppert S. 357, Krüger, civ. Archiv Band 63 S. 379 ff. Anm. 11, Windscheid, zwei Fragen S. 5, Burckhard, über Schenkungsannahme S. 66 ff.

[2]) A. M. Burckhard S. 69; s. auch Anm. 66.

[3]) System Band 4 S. 163.

Wahrscheinlich sind, wie Burckhard[1]) meint, diese Worte dahin zu verstehen, daß die wegen Nichtannahme seitens des Empfängers nicht zur Verwirklichung gelangte[2]), jedoch vom Geber beabsichtigte Schenkung insoferne eine Wirkung äußert, als der Geber es sich gefallen lassen muß, wenn seinem Willen entsprechend konsumiert wird. Jedenfalls ist die Statthaftigkeit des condictio sine causa principiell zugegeben und steht somit die Stelle den bisherigen Resultaten nicht entgegen.

3) und 4) **L. 1 C. 4. 51.**

Si praesidi provinciae probatum fuerit Julianum nullo iure munitum servos tuos scientibus vendidisse, restituere tibi emptores servos iubebit. quod si ignoraverint et eorum facti sunt, pretium horum tibi solvere Julianum iubebit.

L. 1 C. 4. 52.

Si nulla usucapionis praerogativa vel diuturni silentii praescriptio emptorem possessionis, quam a coheredibus patrui tui distractam suggeris, pro portione tua munit, in rem actio incolumis perseverat: aut si receptum ius securitatem emptori praestitit, est arbitrium tibi liberum conveniendi eos, qui pro portione satis illicitam venditionem celebraverunt.[3])

Was die bona fides der Veräußerer anlangt, so stellt sie Brinz bei beiden Stellen in Frage, allein wohl ohne Berechtigung. Für die bona fides ist ein direkter Beweis enthalten in l. 1 C. 4. 51; die Worte si eorum facti sunt beziehen sich offensichtlich auf die Usukapion, die aber nur dann möglich ist, wenn der Veräußerer in gutem Glauben handelte; denn sonst läge ein furtum vor, und furtive Sachen können nicht ersessen werden. Bei der zweitcitierten Stelle ist aus der Zulässigkeit der Ersitzung ein Rückschluß auf die bona fides allerdings nicht möglich, denn eine pos-

[1]) A. a. O. S. 72, s. auch S. 81, 138.

[2]) Windscheid § 365 Anm. 5.

[3]) ad l. 1 C. 4. 51 s. Brinz § 302 Anm. 8, Zimmermann S. 49, Windscheid, zwei Fragen S. 5, Hellwig, Dissertation S. 34, Krüger, civ. Archiv Band 63 S. 386, Bolze, civ. Archiv Band 78 S. 440, Pfersche S. 78, Witte § 41, Monroy S. 100; ad l. 1 C. 4. 52 s. Brinz, Zimmermann, Windscheid, Hellwig, Krüger, Pfersche, Witte, Monroy a. a. O.

sessio, eine unbewegliche Sache, ist nach dem Rechte zur Zeit der Erlassung der l. 1 C. 4. 52[1]) nur dann unersitzbar, wenn sie vi possessa ist; andererseits aber scheint die Annahme von mala fides, für die man nur im Worte „illicita" venditio eine schwache Stütze finden könnte, willkürlich und durchaus nicht gerechtfertigt, zumal der Thatbestand und die Entscheidung dieselben sind, wie in l. 1 C. 4. 51, wo von einem gutgläubigen Veräußerer die Rede ist.

In beiden Stellen ist die dem Eigentümer gewährte Klage nicht ausdrücklich bezeichnet; da jedoch aus dem Wortlaut beider Stellen sich nicht entnehmen läßt, daß die Veräußerung den Verlust des Eigentums verursacht hat, kann nicht die condictio, sondern nur die actio negotiorum gestorum directa in Anwendung kommen; daher muß angenommen werden, daß diese Klage in beiden Stellen gewährt werden will. Die Erwähnung des Wegfalls der Eigentumsklage darf nicht als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Geschäftsführungsklage angesehen werden; sie erklärt sich wie in l. ult. D. 3. 5.[2]) dadurch, daß in diesem Falle erst die Frage nach der Haftung des Veräußerers von besonderer Bedeutung wird.

5) L. 24. 1 D. 19. 1.

Servum tuum imprudens a fure bona fide emi: is ex peculio quod ad te pertinebat hominem paravit, qui mihi traditus est. posse te eum hominem mihi condicere Sabinus dixit, sed si quid mihi abesset ex negotio quod is gessisset, invicem me tecum acturum de peculio. Cassius veram opinionem Sabini rettulit, in qua ego quoque sum (Julianus libro quinto decimo digestorum).

L. 31. 1 D. 12. 1, die das Bisherige fast wörtlich reproduciert, fährt fort: et hoc verum est: nam et Julianus ait videndum, ne dominus integram ex empto actionem habeat, venditor autem condicere possit bonae fidei emptori. quod ad peculiares nummos attinet, si exstant, vindicare eos dominus potest, sed actione de peculio tenetur venditori, ut pre-

[1]) Vgl. Nov. 119 cap. 7.

[2]) S. 36 oben. Vgl. l. 12. 1 D. 20. 5.

tium solvat: si consumti sint, actio de peculio evanescit. sed adicere debuit Julianus non aliter domino servi venditorem ex empto teneri, quam si ei pretium solidum et quaecunque, si cum libero contraxisset, deberentur, dominus servi praestaret. idem dici debet, si bonae fidei possessori solvissem, si tamen actiones, quas adversus eum habeam, praestare domino paratus sim (Paulus libro septimo decimo ad Plautium).[1][2])

Der bonae fidei possessor hat einen fremden Sklaven, den wir Stichus nennen wollen, von einem Diebe gekauft und Stichus kauft aus seinem peculium einen anderen Sklaven Pamphilus, der dem bonae fidei possessor tradiert wird und trotz der irrigen causa in sein Eigentum übergeht.[3]) Der dominus hat nun einen doppelten Weg, um zu seinem Rechte zu kommen; wenn die an den Verkäufer gezahlten Geldstücke noch nicht konsumiert sind, so kann er sie vindicieren und haftet dann mit actio de peculio auf den Kaufpreis. Sind die Geldstücke vom Verkäufer bereits konsumiert, so fällt diese actio de peculio weg, weil der Verkäufer für die Kaufforderung thatsächlich schon befriedigt ist. Daraus folgt aber, daß wegen der Konsumtion der Geldstücke gegen den Verkäufer eine condictio sine causa nicht statthaft ist; denn wäre sie statthaft und müßten die konsumierten Geldstücke herausgegeben werden, so hätte der Verkäufer wiederum seine Befriedigung wegen

[1]) Brinz § 302 Anm. 8, Windscheid, zwei Fragen S. 13, Bolze, civ. Archiv Band 79 S. 188 ff., Witte § 39, Pfersche S. 79; Lenel, Palingenesie I S. 361 Anm. 2, S. 1175 Anm. 1; Baron, Abhandl. aus dem röm. Civilproceß I S. 65.

[2]) In zwei Handschriften steht statt „solvissem“ „habeam“ und „sim“: „solvisset“ „habeat“ und „sit.“ Dies stimmt zu den Basiliken Lib. XXIII tit. I cap. 31 § 1, wo der Schlußsatz lautet: *τὸ αὐτὸ λέγομεν, εἰ καὶ καταβαλὼν ὁ πράτης ἐμοὶ τῷ καλῇ πίστει νομεῖ ἔτυχε, καὶ ἕτοιμός ἐστιν, ἐκχωρῆσαί σοι τὰς κατ' ἐμοῦ ἀγωγάς.* Vgl. dazu das umfangreiche Scholion des Stephanus Nr. 15 zu den Worten: Idem dici debet, *τὸ αὐτὸ λέγομεν* bei Heimbach Bas. II S. 626 f. Unter Bezugnahme auf dieses Scholion schlägt Mommsen vor zu lesen statt „idem dici debet“: „item adici debet absolvi me (venditorem servi vicarii intellege) debere si etc.“ Lenel eignet sich diesen Vorschlag nicht an. Zu den Worten „idem dici debet“ bemerkt er: „Nescio quid hic exciderit.“

[3]) S. oben S. 48 Anm. 2.

des Kaufpreises nicht und müßte ihm die actio de peculio zustehen. Die condictio sine causa ist hier also bei Konsumtion nicht statthaft, trotzdem der Konsument nicht regreßberechtigter Besitzer der Geldstücke ist. Das scheint den bisherigen Ausführungen zuwiderzulaufen. Jedoch ergibt sich bei näherer Betrachtung, daß die condictio nur deshalb ausgeschlossen ist, weil es an einer Bereicherung fehlt: der Konsument verliert durch die Konsumtion seine Kaufforderung.[1])

Der Eigentümer des Stichus kann aber auch den durch diesen vorgenommenen Kauf billigen und vom bonae fidei possessor die Herausgabe des Pamphilus verlangen. Man hat ihm die condictio sine causa zu diesem Behufe geben wollen. Bolze sucht diese Klage in ähnlicher Weise wie die l. 23 D. 12. 1 (oben S. 10 ff.) zu rechtfertigen: da Stichus gemeinschaftliches Erwerbsorgan des dominus und des bonae fidei possessor sei, und durch seine Erwerbsthätigkeit die Kaufsache an den letzteren kam, so gelte sie als vom Kläger direkt an den Beklagten gekommen. Dieser Argumentation dürfte nicht beizustimmen sein; die Sache ist nicht vom dominus aus an den Beklagten gelangt, weil sie bei demselben noch gar nicht gewesen ist. Der Sklave Pamphilus war bis zur Tradition im Besitz und Eigentum des Verkäufers und gelangte durch die Tradition in Besitz und Eigentum des Beklagten; er befand sich daher keinen Moment in irgend welchem dinglichen Verhältnis zum Kläger, auch nicht durch Vermittlung des Stichus, dem ja nicht tradiert worden ist.

Die Sachlage stellt sich so dar, daß der Verkäufer statt an den wahren Käufer, den Herrn des kaufenden Sklaven, irrtümlich an einen vermeintlichen Käufer geleistet hat. Durch diese irrtümliche Leistung hat der Verkäufer gegen den Empfänger die condictio indebiti erworben. Andrerseits ist der Verkäufer gegenüber dem dominus, dem wahren Käufer, durch die Leistung des Kaufgegenstandes an einen Dritten nicht frei geworden.[2]) Da ihn aber bei der irrtümlichen Leistung eine Schuld nicht traf, wird ihm — soviel läßt sich aus der l. 31. 1 cit. erkennen — gestattet, sich

[1]) S. die Besprechung von l. 17 D. 46. 3 unten S. 55 ff.

[2]) § 10 i. f. J. III. 26.

dem dominus gegenüber von der actio emti frei zu machen durch Cession des ihm gegen den vermeintlichen Käufer zustehenden Anspruchs auf Rückübertragung des Eigentums an dem Sklaven Pamphilus; insbesondere die Schlußworte sind geeignet, der hier vertretenen Auffassung eine Stütze zu sein. Die condictio, die dem dominus zusteht, wäre daher die condictio indebiti cessa.[1])

Sicher ist allerdings nicht, daß auch Sabinus und Cassius die condictio in diesem Sinne gemeint haben, ja es ist nicht einmal sehr wahrscheinlich.[2]) Allein das ist umso mehr ein Beweis dafür, daß bei der Sachlage, wie wir sie hier vor uns haben, eine andere condictio als die erwähnte nicht den Beifall der Kompilatoren gefunden hat.

6) L. 23. 5 D. 6. 1.

. . . . ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est (Paulus libro vicensimo primo ad edictum).

Es steht wohl außer allem Zweifel, daß aus diesem Ausspruch des Paulus der Schluß nicht gezogen werden kann, daß jeder veräußernde gutgläubige Besitzer einer Klage des Eigentümers, sei dies nun die condictio sine causa oder die actio negotiorum gestorum, unterliege. Wenn auch die actio in factum verschiedenartig aufgefaßt werden kann — meist wird sie für die reivindicatio utilis gehalten[3]) —, so gilt die Entscheidung der Stelle doch nur für den Fall der Verbindung, nicht auch für die übrigen Fälle des Wegfalls der Eigentumsklage, und insbesondere will die Stelle nicht für den Fall der Veräußerung eine Klage gewähren. Aber selbst gegen denjenigen, welcher die fremde

[1]) Witte a. a. O. Dagegen Salkowski, zur Lehre vom Sklavenerwerb S. 203 f.

[2]) Lenel a. a. O. vermutet, daß in l. 24. 1 cit. die Worte: in qua ego quoque sum und in l. 31. 1 cit. die Worte: et hoc verum est Interpolationen seien.

[3]) Jahrb. f. Dogm. Band 1 S. 172, Band 4 S. 178 Anm. 25, S. 180, Band 16 S. 315, Bechmann, zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Accession S. 47 Anm. 1; Witte S. 306 ff., Schweppe, röm. Privatrecht II § 268, 5a, Fitting, civ. Archiv Band 48 S. 350 ff., Windscheid, zwei Fragen S. 16, krit. Vierteljahrsschrift Band 1 S. 117 ff., Johowscher Entwurf z. bgl. G.-B. 1880 Sachenrecht II § 150.

Sache durch gutgläubig vorgenommene Verbindung sich aneignete und im Besitze der Hauptsache sich befindet, wird eine Klage, nämlich die condictio sine causa[1]), nur dann Platz greifen dürfen, wenn derselbe bei Nichtgewährung der Klage mehr im Vermögen haben würde, als er vor der Verbindung hatte, d. h. sie wird nur statthaft sein gegen den regreßlosen Besitzer der fremden Sache. Der von Windscheid[2]) aufgestellte Satz, daß die Verbindung stets eine Bereicherung schaffe, läßt sich aus einer so allgemein gefaßten Entscheidung, wie sie l. 23. 5 D. cit. enthält, nicht rechtfertigen.[3])

7) § 26 J. II. 1.

. . . . nam extinctae res licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et a quibusdam aliis possessoribus possunt.

Diese Stelle stammt aus Gaius II. 79, wo sie mit der Specifikation in Beziehung steht; in den Institutionen Justinians findet sie sich bei der Lehre von der Accession. Über die Lesart besteht Streit; es wird behauptet,[4]) Gaius habe zwar quibusdam geschrieben, die Kompilatoren hätten jedoch quibusque daraus gemacht; man beruft sich zur Bestätigung dafür auf Theophilus, der aus Mißverständnis die condictio furtiva gegen alle, selbst gegen redliche Besitzer gewähren will. Die meisten lesen jedoch quibusdam und verstehen darunter gewisse Klassen von malae fidei possessores, gegen welche die condictio furtiva Platz greift.[5]) Ob diese Auffassung die richtige ist, mag dahingestellt bleiben; es ließe sich wohl die Ansicht vertreten, daß der Jurist zwei Arten von Kondiktionen im Sinne habe, die furtiva gegen die fures und die condictio sine causa gegen gewisse andere Besitzer, unter

---

[1]) S. 27 oben.

[2]) Zwei Fragen S. 15.

[3]) Ueber die Zulässigkeit einer Klage bei Verwendungen durch Verbindung s. S. 31 Anm. 2.

[4]) Fitting, civ. Archiv Band 48 S. 348, Witte S. 309.

[5]) Ihering, Jahrb. f. Dogm. Band 1 S. 138 Anm. 24, Band 16 S. 248. 253, Pfersche a. a. O. S. 57 ff., Göppert S. 357 Anm. 30, Witte S. 309, Windscheid, zwei Fragen S. 16; s. auch Sintenis, prakt. gem. Civilrecht II § 109 Anm. 120.

denen die gutgläubigen Besitzer ohne Regreßberechtigung zu verstehen wären. Die Stelle würde sohin, indem sie nicht alle Besitzer im Falle der Verbindung bezw. Neugestaltung einer Bereicherungsklage unterwirft, darthun, daß nicht alle Besitzer durch solche Aneignung der Sache sich bereichern. Indessen muß zugestanden werden, daß aus § 26 J. cit. ein sicheres Resultat nicht zu gewinnen ist.

8) L. 17 D. 46. 3.

Cassius ait, si cui pecuniam dedi, ut eam creditori meo solveret, si suo nomine dederit, neutrum liberari, me, quia non meo nomine data sit, illum, quia alienam dederit: ceterum mandati eum teneri. sed si creditor eos nummos sine dolo malo consumpsisset, is, qui suo nomine eos solvisset, liberatur, ne, si aliter observaretur, creditor in lucro versaretur (Pomponius libro nono decimo ad Sabinum)[1]).

Die Stelle erregt dadurch Aufmerksamkeit, daß sie dem bisherigen Geldeigentümer gegen den creditor, der die fremden Geldstücke sich durch Konsumtion aneignete, eine condictio nicht gewährt, obgleich derselbe die Geldstücke ohne Regreßberechtigung erwarb. Hartmann ist der Meinung, daß überhaupt gegen einen Besitzer mit Usukapionstitel und insbesondere mit verus titulus im Falle der Konsumtion fremder Sachen niemals eine Klage zulässig ist und daß aus diesem Grunde hier die condictio nicht statt hat. Gewiß mit Unrecht; der Ausschluß der condictio in l. 17 D. cit. beruht auf einer besonderen Erwägung und hat mit der Frage, ob dem Konsumenten ein Usukapionstitel zur Seite steht oder nicht, gar nichts zu thun. Es kommt Folgendes in Betracht:

Man kann auf die mannichfachste Art und Weise in den Besitz fremden Geldes kommen, durch Zufall, durch Schenkung, Dosbestellung u. s. w.; die Hauptfälle aber sind Zahlung einer Schuld und Empfang eines Darlehens. Gibt dem Gläubiger jemand fremdes Geld oder, was dasselbe ist, ein Verfügungsunfähiger sein eigenes Geld zur Tilgung einer Schuld, so ist diese

---

[1]) Hartmann, krit. Vierteljahrsschrift Band 11 S. 522, Windscheid, zwei Fragen S. 21, Witte S. 295 ff. § 38, Bolze, civ. Archiv Band 78 S. 450, Örtmann ebenda Band 82 S. 424 ff.

Zahlung zunächst noch nicht rechtsbeständig und der Schuldner nicht frei, da dem Geldeigentümer die Möglichkeit gegeben ist, die nummi exstantes zu vindicieren. Wenn jedoch der Empfänger die Geldstücke gutgläubig konsumiert, d. h. durch Vermengung sich angeeignet oder mit der Folge des Wegfalls der Vindikation für den Eigentümer verausgabt hat, so wird ex post das gewollte Rechtsgeschäft, die Schuldentilgung, vollendet und der Schuldner seiner Verbindlichkeit ledig,[1]) welcher Art auch die Schuld gewesen sei. Der bisherige Eigentümer des Geldes hat gegen den Vermischenden keine Klage, er mag sich an den Schuldner oder, wenn bei diesem die Rechtslage dieselbe ist, an einen früheren Besitzer der Geldstücke halten.

Die Bestätigung dafür, daß der Eigentümer gegen den Empfänger eine Klage nicht hat, ist aus den Schlußworten der l. 17 D. 46. 3 cit. zu entnehmen, und Hartmann sagt mit Recht, es werde als feststehend angenommen, daß der creditor hier keinesfalls mit der condictio haftet. Allein indem er die Entscheidung, wie oben angegeben, verallgemeinert, verkennt er den bei l. 17 cit. maßgebenden Grund, welcher darin liegt, daß bei Versagung der condictio der Gläubiger eine Vermögensmehrung nicht erfährt, sich nicht bereichert. Wenn nämlich dem gewesenen Eigentümer die Klage nicht gewährt wird, so ist die Folge davon, daß die Schuld, zu deren Tilgung das fremde Geld hingegeben wurde, erlischt, gemäß l. 61 D. h. t. (46. 3):

In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil absit nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio.

Durch diesen Satz wird eine Bereicherung des Gläubigers verhütet und deshalb wird die condictio ausgeschlossen. Es läßt sich sagen, der Grund des Ausschlusses der condictio sine causa des gewesenen Eigentümers sei gelegen in der Folge, die eintritt, wenn sie ausgeschlossen wird, nämlich im Untergang des Forderungsrechtes.

Das Verhältnis ist das gleiche, wenn der Vermischende das fremde Geld als Darlehen empfing; ist die reivindicatio nicht

[1] l. 19. 1 D. 12. 1, l. 17 D. cit., l. 94. 2 eod.

mehr möglich, weil der Empfänger die Geldstücke in sein Eigentum gebracht hat, so hat der Eigentümer gegen den Empfänger dennoch keine condictio; denn durch den Wegfall der Eigentumsklage wird die Darlehensverhaftung des Empfängers gegen den Darleiher existent, gleichgiltig auf welche Weise der Darleiher seinerseits in den Besitz der Geldstücke gekommen ist.[1]) Der Empfänger hat also, wenn man die condictio gegen ihn versagt, dadurch nicht mehr im Vermögen, und deshalb wird sie versagt, wie l. 8 C. 4. 34 bezeugt:

adversus eum autem qui accepit, nulla actio tibi competit, nisi nummi exstant: tunc enim contra possidentem uti vindicatione potes.

Der Erwerb von fremden Geldstücken schafft daher keineswegs immer eine Bereicherung; die condictio ist aber nur da möglich, wo eine Bereicherung vorliegt. Weitere Schlüsse lassen sich aus l. 17 cit. nicht ziehen.

9) L. 67 D. 23. 3.

Ancilla quae nupsit dotisque nomine pecuniam viro tradidit, sive sciat se ancillam esse sive ignoret, non poterit eam pecuniam viri facere eaque nihilo minus mansit eius cuius fuerat antequam eo nomine viro traderetur, nisi forte usucapta est. nec postea quam apud eundem virum libera facta est, eius pecuniae causam mutare potuit. itaque nec facto quidem divortio aut dotis iure aut per condictionem repetere recte potest, sed is cuius pecunia est recte vindicat eam. quod si vir eam pecuniam pro suo possidendo usucepit, scilicet quia existimavit mulierem liberam esse, propius est, ut existimem eum lucrufecisse, utique si, antequam matrimonium esse inciperet, usucepit. et in eadem opinione sum, si quid ex ea pecunia paravit, antequam ea dos fieret, ita, ut nec possideat eam nec dolo fecerit, quo minus eam possideret. (Proculus libro septimo epistularum)[2]).

[1]) l. 11. 2, l. 12 i. f., l. 13 pr. 1 D. 12. 1, l. 19. 1 eod., l. 56. 2 D. 46. 1.

[2]) Bernhöft, titulus iustus, S. 21 ff. unter 4a, Bolze, civ. Archiv Band 78 S. 441 ff., Göppert S. 358, Zimmermann S. 48, Brinz § 302 Anm. 8, Windscheid, zwei Fragen Nr. 11, Pernice Bd. 2 Aufl. 2, S. 398 ff.

Von wem das Geld herstammt, das die Sklavin ihrem Mann als dos gab, ist nicht gesagt, wir dürfen vermuten, daß es dem Herrn der Sklavin gehörte. Da eine Ehe nicht zu stande kam, ist das Geld nicht dos geworden; trotzdem kann es die Frau nicht etwa mit condictio ob causam zurückfordern. Nur der Eigentümer der Geldstücke hat die Vindikation.

Allein die Vindikation kann ausgeschlossen sein, und der Jurist faßt zwei solche Fälle ins Auge. Zunächst ist es möglich, daß der Ehemann — wir nennen ihn so, wenn er es auch nicht ist — die Geldstücke usukapiert, wenn er nämlich glaubt, die Frau sei eine Freie, d. h. wenn er in bona fide ist; der ihm zur Seite stehende Usukapionstitel ist nicht der titulus pro dote, weil eine Ehe nicht besteht, sondern ein nicht eigennamiger Titel, der nur in besonders gelagerten Fällen Anwendung findet, der titulus pro suo. Durch die Ersitzung, sagt die Stelle, wird der Mann wohl das Geld lukrieren; diese Ansicht ist in sehr bescheidener, zurückhaltender Weise ausgesprochen: propius est, ut existimem, und es folgt sofort eine Einschränkung: utique si, antequam matrimonium esse inciperet, usucepit.

Bolze faßt diesen Zwischensatz so, als hätte der Mann zuerst das Geld die Usukapionszeit hindurch pro suo in Händen gehabt und dann erst, nachdem er das Eigentum durch Ersitzung erworben, die Ehe mit der Sklavin geschlossen. Das ist kaum anzunehmen, da im Eingang der Stelle klar ausgesprochen ist, daß die Sklavin bei ihrer Heirat dem Manne das Geld als dos tradiert habe. Die Sachlage ist vielmehr so, daß nach dem förmlichen Abschluß der Scheinehe die Frau apud eundem virum frei wird; dadurch entsteht dann eine wirkliche Ehe, ein matrimonium.[1]) Hat der Mann vor diesem Zeitpunkte usukapiert, so hat er es, wie die Stelle besagt, zu seinem eigenen Vorteil gethan. Ob auch, wenn er die Ersitzung erst nach diesem Zeitpunkt vollendete? Allem Anscheine nach soll für diesen Fall etwas anderes gelten; wir dürfen annehmen, daß, sobald eine wirkliche Ehe besteht, der Mann nicht mehr pro suo, sondern pro dote besitze und daß er also

[1]) arg. l. 39 pr. D. 23. 3, l. 30 D. 50. 17.

durch die Vollendung der Ersitzung dem Gelde dotalen Charakter verschaffe.

Der andere Grund für den Ausschluß der Vindikation ist die Konsumtion des Geldes durch den Mann. Wird das Geld ausgegeben, für Anschaffungen verwendet, so gilt das gleiche, d. h. dann lukriert wiederum der Mann, aber nur wenn die Anschaffungen gemacht werden, antequam ea pecunia dos fieret. Erst wenn eine rechtsgiltige Ehe besteht, hat die Frau von der Konsumtion den Gewinn, erst dann wird das Geld durch die Verausgabung zur dos, geradeso, wie bei Ersitzung das Geld erst unter der Voraussetzung des Bestehens der Ehe dotal wird.

Soweit ist die Sachlage ziemlich klar. Allein die Bemerkung: et in eadem opinione sum et rel. hat nach anderer Seite zu Bedenken Anlaß gegeben; denn wenn es richtig ist, daß bei Verausgabung vor dem rechtlichen Bestande der Ehe der Mann das Geld lukriert, so scheint damit ausgesprochen, daß der dominus weder einen dinglichen noch einen Bereicherungsanspruch gegen ihn hat, und daraus würde der Schluß folgen, daß in jedem Fall, der wie der vorliegende gelagert ist, Konsumtion fremder Sachen nicht haftbar mache.

Brinz hält die condictio deshalb für unanwendbar, weil der konsumierende Ehemann das Geld auf grund eines wahren Titels erhalten habe, da die Frau zwar nicht zur dotis datio, wohl aber zur datio überhaupt fähig gewesen sei; ein wahrer Titel aber schließe die condictio aus. Gegen die Annahme eines verus titulus hat sich jedoch allgemeiner Widerspruch erhoben, und anscheinend mit Recht; denn nicht irgend eine beliebige datio, sondern gerade die dotis datio war beabsichtigt, wie die Eingangsworte der lex darthun. Es kommt darauf aber in Wirklichkeit gar nicht an, ob der Mann als tituliert zu gelten habe oder nicht. Die Stelle löst sich in anderer Weise.

Bei Verabfassung derselben wurde die Eventualität der condictio sine causa gegen den konsumierenden Ehemann völlig übersehen und deshalb geht es nicht an, die Stelle zur Entscheidung über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Bereicherungsklage im Falle der Konsumtion heranzuziehen. Windscheid sagt, der Verfasser, Prokulus, verfolge nur den Dotalgesichtspunkt, nur die Frage,

ob die Geldsumme dotal geworden sei und deshalb herausgegeben werden müsse; an die andere Frage, ob nicht dem früheren Eigentümer der Geldstücke ein Anspruch zustehe, habe derselbe gar nicht gedacht. Das Letztere ist nicht zutreffend und Windscheid fühlt das selbst; denn es war in der Stelle von der vindicatio deutlich genug die Rede. Den Anspruch des Eigentümers hat der Jurist nicht ganz übersehen, aber er ist von den beiden Rechtsmitteln, die dem Eigentümer dienlich sein können, nur dem einen, der reivindicatio, nachgegangen, wie sofort gezeigt werden soll.

Die Vindikation ist für den Eigentümer in den beiden Fällen, welche die Stelle im Auge hat, bei Usukapion und bei Konsumtion der Geldstücke, gleichmäßig ausgeschlossen. Es besteht noch eine weitere Ähnlichkeit zwischen diesen beiden Fällen: auch der Ehefrau steht ein Rechtsmittel gegen den Ehemann weder im einen noch im anderen Falle zu, da die Ersitzung und die Verwendung des Geldes in die Zeit fielen, wo die Frau noch ancilla war. Allerdings hat sonst, wenn eine fremde Sache einem Bräutigam zur Dos gegeben worden ist, dieser sie usukapiert hat und sich dann das Nichtzustandekommen der Ehe entscheidet, der Dosbesteller [1]) die condictio causa data causa non secuta gegen den gewesenen Bräutigam oder dessen Erben trotz der usucapio und obgleich er nicht Eigentümer war. Diese condictio kann aber im Falle der l. 67 D. cit. der Sklavin umsoweniger zustehen, als sie nach Inhalt der Stelle selbst dann unzulässig ist, wenn die Frau apud eundem virum libera facta est.

Somit ist der Mann frei nicht nur von der vindicatio, sondern auch von der Haftung gegenüber seiner Gattin, und die beiden Fälle zeigen insofern eine bedeutende Aehnlichkeit. Allein es besteht doch eine Verschiedenheit. Während nämlich im Falle der Ersitzung dem gewesenen Eigentümer ein Rechtsmittel nicht zu gebote steht — eine condictio ist arg. l. 13 pr. D. cit. 39. 6 ausgeschlossen —, ist infolge der Konsumtion zwar die vindicatio unmöglich geworden, aber an deren Stelle eine andere Klage, die condictio sine causa, getreten, welche in der Bereicherung des Konsumierenden auf Kosten des Eigentümers ihren Grund hat.

[1]) arg. l. 13 pr., l. 33 D. 39. 6.

Die Aehnlichkeit des Usukapions- und des Konsumtionsfalles in Bezug auf den Ausschluß der vindicatio sowie der Haftung gegenüber der Ehefrau hat den Verfasser verführt, die Eventualität einer condictio sine causa im zweiten Falle zu übersehen und die Fälle mit et in eadem opinione sum aneinander zu reihen. Aus den Schlußworten der Stelle geht deutlich hervor, daß Prokulus nur die Möglichkeit der reivindicatio erwogen hat. Hätte er, wie Brinz meint, die condictio sine causa ausschließen wollen, so ließe sich eine ungenügendere Motivierung nicht denken, als sie in der Schlußbemerkung enthalten ist, welche nur auf die vindicatio Bezug haben kann.

VII.
Resultat.

Aus den erörterten Quellenstellen ergibt sich, daß das römische Recht dem Eigentümer gegen den gutgläubigen Besitzer, der die Sache entgeltlich veräußert hat, zwei Klagen, die condictio sine causa und die actio directa negotiorum gestorum, gewährt.

Der Anspruch des Eigentümers gegen den veräußernden Besitzer läßt sich als condictio sine causa nur dann konstruieren, wenn eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten des Eigentümers vorliegt. Wo eine Bereicherung auf Kosten des Eigentümers durch die Veräußerung gewonnen ist, muß sie stets als ungerechtfertigt gelten. Aber nicht jeder Besitzer bereichert sich durch die Veräußerung, und nicht jeder auf Kosten des Eigentümers In dieser Beziehung ist zu unterscheiden zwischen Besitzern mit und ohne Regreßberechtigung. Wer mit der Sache zugleich ein Regreßrecht besitzt, bereichert sich durch Veräußerung zu wertentsprechendem Preise nicht; er macht einen Gewinn nur, soweit er einen den Wert übersteigenden Kaufpreis vereinnahmt. Doch ist dieser Gewinn auf Kosten des Käufers, nicht des Eigentümers erzielt und unterliegt nicht der condictio. Dagegen bereichert sich ein regreßloser Veräußerer (in der Regel) um den ganzen vereinnahmten Kaufpreis. Diese Bereicherung ist sofort definitiv, wenn der Besitzer unter pactum de non praestanda evictione verkauft.

Anderenfalls kann der Veräußerer, da er für Eviktion der Sache haftet, erst dann auf den Verbleib der Bereicherung rechnen, wenn durch Ausschluß der Vindikationsmöglichkeit die Eviktionsgefahr weggefallen ist. Trotzdem greift die condictio sine causa gegen den regreßlosen Veräußerer nicht durchweg Platz. Zunächst ist der Mehrerlös über den Wert der Sache aus demselben Grunde wie beim regreßberechtigten Besitzer dem Zugriff des Eigentümers entzogen. Im übrigen aber steht ihm die Klage nur zu, wenn die Bereicherung des Veräußerers auf Kosten des Eigentümers gewonnen ist.

Diese Voraussetzung ist als erfüllt anzusehen, wenn zwischen der Veräußerung und dem Wegfall der Vindikationsmöglichkeit ein ursächlicher Zusammenhang besteht, so daß sich der Untergang der Sache als Folge der Veräußerung darstellt. Daraus ergibt sich, daß im römischen Recht der veräußernde gutgläubige Besitzer der condictio sine causa nur selten unterliegt. Dagegen ist diese Klage im Falle der Konsumtion, der Vermischung, Neugestaltung und nebensächlichen Verbindung gegen regreßlose Besitzer zulässig, soweit eine Bereicherung vorliegt. Gegen den Veräußerer geht die Klage auf den Betrag des Wertes der Sache zur Zeit der Veräußerung, ohne Rücksicht auf spätere Wertminderung, jedoch nie über den Betrag des erzielten Kaufpreises hinaus.

Außer der condictio sine causa ist gegen den gutgläubigen Veräußerer eine zweite Klage, die actio directa negotiorum gestorum statthaft, welche von den Quellen trotz des mangelnden animus negotia aliena gerendi auf Seite des Beklagten gewährt wird. Die Geschäftsführungsklage ist an die Schranken der condictio sine causa nicht gebunden. Während mit der condictio der Kaufpreis, soweit er den Sachwert übersteigt, nicht gefordert werden kann, geht die actio negotiorum gestorum auf Herausgabe des ganzen Erlöses, auch wenn der Wert der Sache geringer war; denn der Geschäftsführer muß allen Gewinn, nicht bloß den auf Kosten des Eigentümers erzielten erstatten. Die Klage ist in diesem Umfang nach dem Sachuntergang zulässig, auch wenn zwischen der Veräußerung und dem Wegfall der Vindikationsmöglichkeit ein Kausalzusammenhang nicht besteht, also auch in Fällen, wo für die condictio sine causa kein Raum ist. Die

Haftung besteht aber auch dann, wenn der Eigentümer einen Verlust bisher überhaupt noch nicht erlitten hat, d. h. wenn die Vindikation noch nicht abgeschnitten ist. Der Eigentümer hat hier die Wahl, ob er sein Eigentumsrecht geltend machen oder unter Verzicht auf dasselbe den gutgläubigen Veräußerer auf den Erlös in Anspruch nehmen will. Jedoch ist, was die Person des Beklagten anlangt, wie bei der condictio sine causa, nur der regreßlose Veräußerer der Haftung unterworfen; regreßberechtigte Besitzer haften im Falle der Veräußerung nicht.

Neben der condictio sine causa und der actio directa negotiorum gestorum findet eine weitere Klage gegen den veräußernden gutgläubigen Besitzer nicht statt. Insbesondere ist die actio negotiorum gestorum contraria dem ratihabierenden Eigentümer nicht zu gewähren. Nur in einem besonders gelagerten Falle, bei Veräußerung nach Proceßbeginn unterliegt der gutgläubige Veräußerer — außer der condictio und der actio negotiorum gestorum, falls deren Voraussetzungen zutreffen — noch der rei-vindicatio auf den ganzen Kauferlös, wenn hinterher die Sache unterging. Diese Klage findet statt, auch wenn den Veräußerer am Untergang der Sache keine Schuld trifft, und sie ist zulässig nicht nur gegen den regreßlosen, sondern auch gegen den regreßberechtigten Veräußerer.

VIII.

Abweichende Ansichten.

Bevor nunmehr noch auf einige Einzelpunkte eingegangen werden kann, ist in kurzen Zügen ein Bild der abweichenden Ansichten zu geben.[1])

1. Die Gewährung zweier Klagen, der condictio sine causa und der actio negotiorum gestorum directa, wird nicht allseitig gebilligt. Nur die Geschäftsführungsklage, unter Ausschluß der condictio, wollen von den Neueren gestatten Seufferts Archiv Band 7 Nr. 346 und Chambon, negotiorum gestio S. 37 ff., und

[1]) Die Berücksichtigung der älteren Schriftsteller möge hier erspart bleiben, es genüge die Verweisung auf Hellwigs Dissertation S. 9 ff.

zwar beide nur subsidiär, d. h. nach dem Wegfall der Vindikationsmöglichkeit durch Untergang oder Ersitzung der Sache.

2. Im Gegensatze dazu steht die Meinung, daß die actio negotiorum gestorum gegen den gutgläubigen Veräußerer unanwendbar sei und nur die condictio sine causa Platz zu greifen habe. Diese Ansicht wird vertreten von Brinz, Pandekten § 302 Anm. 8, Eisele, civ. Archiv Band 66 S. 1 ff., Göppert, organische Erzeugnisse S. 357, Hartmann, krit. Vierteljahrsschrift Band 11 S. 522, Ihering, Abhandlungen S. 81, Jahrb. für Dogmatik Band 12 S. 316, Band 16 S. 230—318, Köppen, Fruchterwerb des bonae fidei possessor Anm. 28, Krüger, civ. Archiv Band 63 S. 379 ff., Savigny, System des römischen Rechts V S. 523, Sintenis, prakt. gem. Civilrecht II § 109, Wächter, Erörterungen aus dem Privatrecht II S. 100, Windscheid, Pandekten § 422 Anm. 8, zwei Fragen, Zimmermann, echte und unechte negotiorum gestio S. 43 ff., Seufferts Archiv Band 45 Nr. 187, Protokolle der Civilgesetzgebungskommission, Sitzung vom 30. Juni 1884 S. 4226 ff. Wiederum herrscht hier die Anschauung, daß die Haftung erst subsidiär eintrete; ausdrücklich sprechen das aus Eisele, Göppert, Ihering, Köppen, Savigny, Sintenis, Wächter, Windscheid, Zimmermann. Aber der Grund, aus dem sie die Subsidiarität der Klage ableiten, ist nicht der zutreffende, daß die condictio Zerstörung des Eigentums durch die Veräußerung selbst voraussetzt, sondern die Billigkeit, welche es verbiete, den gutgläubigen Veräußerer in Anspruch zu nehmen, solange der Eigentümer sich noch in anderer Weise helfen kann.

3. Einzeln steht Hellwig, Inauguraldissertation, der weder die Bereicherungs- noch die Geschäftsführungsklage, sondern eine analoge Haftung will, wie sie den bösgläubigen Veräußerer trifft.

4. Eine weit verbreitete Lehre spricht den gutgläubigen Veräußerer dann von jeder Haftung frei, wenn sich sein Besitz auf einen verus titulus stützt.

In seinen „Abhandlungen aus dem römischen Rechte" (1844) stellte Ihering zuerst den Satz auf, daß die condictio sine causa nur gegen denjenigen bonae fidei possessor statthaft sei, der die Sache „titulo putativo, also ohne eine causa" erworben hatte; wer sich auf einen wahren Titel berufen könne, besitze nicht sine

causa und unterliege der condictio sine causa nicht: ein titulus putativus sei daher das erste Requisit dieser Klage. Die Ansicht Iherings fand Anklang und es wurden Versuche gemacht, sie eingehender zu begründen[1]).

Witte geht von folgender Betrachtung aus: Wenn jemand eine fremde Sache veräußert, so ist der daraus gezogene Gewinn nie im Vermögen des Sacheigentümers gewesen und hat dieser demnach keinen Anspruch darauf. Allein, fährt er fort, als es sich darum handelte, dem geschädigten Eigentümer dennoch diesen Anspruch zu geben, da schien es geboten, nur den Besitzer mit putativem Titel haften zu lassen, weil sich derselbe bloß auf seinen Irrtum berufen kann und deshalb keinen Schutz verdient.

Was dieses letztere Argument anlangt, so ist es nicht stichhaltig[2]). Denn selbst wer einen vollgiltigen Titel hat, hält nur infolge eines Irrtums die fremde Sache für seine eigene, er irrt, wenn er Eigentümer geworden zu sein glaubt, da er eben nur bonae fidei possessor ist. Wollte man aber den Irrtum des Besitzers titulo putativo als unentschuldbar bezeichnen, den des Besitzers titulo vero dagegen als entschuldbar und nicht schwer wiegend, da er ja noch die Kraft hatte, einen vollwichtigen Erwerbsgrund entstehen zu lassen, so ist darauf zu erwidern, daß das römische Recht zu einer derartigen Unterscheidung aus dem Grunde keinen Anlaß gibt, weil es ja auch den putativen Titel im Laufe der Rechtsentwicklung zur Ersitzung zuließ, und somit bekundete, daß es hiebei einen unentschuldbaren Irrtum nicht annahm. Auch

---

[1]) Ihering, Abhandl. S. 78—85; Brinz, § 302 Anm. 8, Hartmann, krit. V.-J.-Schr. Band 11 S. 522, Vangerow, Pandekten III § 628 i. f., Witte S. 295 ff., 325 ff., Zimmermann S. 43 ff., Baron, Pandekten § 285, Goldschmidt, Z. f. H.-R. Band 8 S. 236, s. auch Fitting, civ. Archiv Band 48 S. 345 ff. Um dieselbe Zeit, jedoch unabhängig von Ihering, kam Wächter, Erörterungen a. d. Privatrecht, Heft 2 S. 98 ff. zu demselben Resultat. Gegen Ihering sind aufgetreten: Windscheid § 422 Anm. 8, Windscheid, zwei Fragen, Göppert, organische Erzeugnisse S. 356, Hellwig, Dissertation S. 47 ff., Seufferts Archiv Band 45 Nr. 187, 7 Nr 346, 14 Nr. 238, Sell, Versuche § 40 S. 101, Schweppe, röm. Privatrecht II § 268, 5. b., Dernburg, Pandekten I § 225 Anm. 25, Köppen, Fruchterwerb S. 95 Anm. 212, Jacobi, Jahrb. f. Dogm. Band 4 S. 241; Z. f. H.-R. Band 7 S. 604.

[2]) Vgl. Windscheid, zwei Fragen § 16, Hellwig, Dissertation S. 47 ff.

daß die condictio sine causa deswegen exceptioneller Natur sei, weil der vom Veräußerer vereinnahmte Kaufpreis nie im Vermögen des Klägers gewesen war, ist nicht unwidersprochen geblieben. Windscheid[1]) hat dagegen geltend gemacht, daß jemand nicht weniger aus fremdem Vermögen bereichert sei, wenn das ihm Zugegangene auch in anderer Gestalt beim Verlierenden sich befunden hat; er erklärt die Argumentation Wittes für schwach und eigentlich einer Widerlegung kaum bedürftig.

Anders äußert sich Zimmermann. Er meint, es dürfe nicht darauf das Hauptgewicht gelegt werden, daß der bonae fidei possessor durch die Veräußerung von der Gefahr, die Sache ohne Entgelt herausgeben zu müssen, befreit und dadurch günstiger gestellt sei, als er vor der Veräußerung war; nicht ein einzelner Vorgang, sondern die Totalität aller Umstände sei in Betracht zu ziehen und darnach zu bestimmen, ob jemand ganz sine causa bereichert sei. Ein titulus verus aber sei Rechtfertigungsgrund des Erwerbs und causa der nach dem Erwerbe aus der Sache gewonnenen Bereicherung, wie er die Grundlage der actio Publiciana und der Usukapion bilde. Diese Beweisführung wird kaum genügen, auch wenn man davon absieht, daß, wie schon erörtert wurde (oben S. 14 ff.), nicht jede entgeltliche Veräußerung bereichert. Es bleibt nämlich hier noch die Frage offen, warum nicht auch gegenüber dem Besitzer mit putativem Titel die condictio auszuschließen sei, da die Usukapion und nach richtiger Ansicht auch die actio Publiciana ihm nicht versagt geblieben ist.

Auf diesen Punkt ist Brinz[2]) eingegangen. Er gibt dem Besitzer mit verus titulus das Recht, sich auf mannichfache Weise aus der fremden Sache zu bereichern, nämlich durch usucapio, actio Publiciana, Fruchtgewinn und Veräußerung gegen Entgelt. Denn Besitz mit vollgiltigem Titel ist nach seiner Auffassung eine Art Eigentum, „nicht sowohl Nichteigentum, als nicht das volle (plenum) Eigentum, — als bloßes Nutzeigentum oder die Nutz-

[1]) Krit. V.-J.-Schr. Band 1 S. 117 ff. Dieser von Witte geltend gemachte Umstand findet sich auch in den Motiven z. Entw. e. bgl. G.-B. II S. 853 i. m. erwähnt. Vgl. auch Bolze, civ. Archiv Band 78 S. 431.

[2]) § 302 Anm. 8; §§ 145, 160 nebst Anm. 8—10, 178, 5, 302 Anm. 10, „wozu aber auch" 145 Anm. 57.

seite des Eigentums im Gegensatze zu seiner Rechtsseite", ein zwar unvollkommenes aber vorhandenes Eigentum. Ein bloß putativer Titel könne solche weitgehende Befugnisse nicht geben. Man habe ihn nicht ohne Widerspruch zur Usukapion, nicht ohne Widerspruch und Distinktion zur Publiciana, zum Fruchterwerb eher gar nicht genügen lassen: kein Wunder, daß er nicht stark genug schien, den Eigentümer um das Surrogat seiner Sache zu bringen.

Brinz hat selbst gefühlt, daß seine Ausführungen, soweit sie den Fruchtgewinn betreffen, nicht ohne Bedenken sind[1]), und thatsächlich steht das Institut des Fruchterwerbs durch den bonae fidei possessor nach römischen Rechte mit der Usukapion in gar keinem oder doch nur einem sehr geringen Zusammenhang[2]); jedenfalls aber ist der Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers durch den titulus verus keineswegs bedingt. Eine weitverbreitete Lehre läßt jeden Usukapienten, auch den mit putativem Titel, die Früchte lukrieren, teilweise sogar, wenn die Sache, aus der dieselben hervorgehen, nicht ersitzungsfähig ist; andere sehen auch vom Erfordernisse eines putativen Titels ab und lassen jeden Besitzer, wenn ihm nur bona fides zur Seite steht, zum Fruchtgenusse zu. Es fehlt auch nicht an einem Quellenbeleg[3]), welcher bei mala fides superveniens den Fruchterwerb nicht fortdauern läßt, während (nach römischem Recht) die Ersitzungsmöglichkeit bestehen bleibt; damit ist die Anlehnung an die Usukapion aufgegeben. Der Fruchterwerb ruht eben auf einem ganz besonderen Grund, der billigen Berücksichtigung des bonae fidei possessor, welcher durch die Verpflichtung, für konsumierte Früchte Ersatz leisten zu müssen,

---

[1]) § 145 Anm. 57: „Geringeren Anhalt scheint uns die Unterscheidung nach dem titulus verus und putativus zu haben; dem gutgläubigen aber nur vermeintlichen Käufer alle Rechte des b. f. possessor zu gewähren, hat Grund; ihm alle zu entziehen, hat auch Grund; aber ihm das eine zu gewähren, das andre nicht, ist eine Beliebung von mehr willkürlicher, darum nicht zu vermutender Art."

[2]) Vgl. Windscheid, § 186, Arndts § 156, Dernburg § 205 i. f., Keller, Pandekten § 143, Petrazycki, Fruchtverteilung S. 99, Köppen, Fruchterwerb des b. f. possessor S. 48, 94, Seufferts Archiv Band 20 Nr. 18.

[3]) L. 48. 1 D. 41. 1; vgl. l. 25. 2 D. 22. 1, Windscheid § 186 Anm. 18.

schwerer wirtschaftlicher Gefährdung ausgesetzt würde[1]); der in § 35 J. II 1 angedeutete Gesichtspunkt — pro cultura et cura — hat nur eine untergeordnete Bedeutung[2]).

Dagegen hat allerdings der Titel eine hervorragende Bedeutung für das Gebiet der Ersitzung. Lange Zeit hindurch, bis in die Kaiserzeit hinein, hatte das römische Recht niemandem die Usukapion offen gestellt, der sich nicht auf einen vollwichtigen Erwerbsgrund, einen verus titulus berufen konnte[3]); auch für die actio Publiciana war ein verus titulus unerläßlich und das Edikt (l. 1 pr. D. 6. 2) verlangt einen wirklichen Erwerbsgrund. Daraus erklärt es sich, daß nur ein solcher vollkommener, nicht auch ein putativer Titel iusta causa possessionis genannt wird[4]). Später wurde aber auch der Putativtitel zur Ersitzung zugelassen, und da die actio Publiciana mit der Ersitzung in innigem Zusammenhange steht und eine gleiche Behandlung derselben naturgemäß ist[5]), auch zur Publiciana[6]).

So hat im späteren römischen Recht der alte Begriff der iusta causa nur mehr eine historische Bedeutung für die usucapio und die actio Publiciana. Allein aus der großen Wichtigkeit, die das frühere römische Recht dem titulus verus beigelegt hat, glaubte man den Schluß ziehen zu dürfen, daß er nicht nur für die Ersitzung, sondern auch für die Veräußerung der fremden Sache und das Behalten des Kaufpreises den Rechtfertigungsgrund abgegeben habe, um so mehr, als sich thatsächlich im Corpus iuris

---

[1]) Vgl. die interessante und ausführliche Begründung Petrazyckis a. a. O. S. 173 ff.

[2]) l. 48 pr. D. 41. 1, Keller § 143 bei Anm. 6, Dernburg § 205 Anm. 12. Petrazycki S. 205 spricht von einem mißglückten Versuch theoretischer Rechtfertigung.

[3]) l. 27 D. 41. 3, l. 11 D. 41. 4, l. 9 D. 41. 8.

[4]) Das Wort causa wird auch in anderer Verbindung gebraucht; von causa possessionis, adquirendi, tradendi sprechen l. 1 pr., l. 13 pr. D. 6. 2, l. 3. 4 D. 41. 2, l. 1. 5 eod., von causa usucapionis l. 1. 5 D. 41. 2, l. 11. 4 D. 6. 2, von causa stipulationis l. 8 D. 12. 5. Von ex iustis causis possessiones spricht l. 13. 1 D. 6. 2, ohne daß ein titulus verus vorliegt; vgl. Brinz § 136 Anm. 5—8.

[5]) l. 13 pr., l. 9. 5 D. 6. 2; Brinz § 178 Nr. 5.

[6]) l. 7. 2 D. 6. 2; s. Arndts § 170 Anm. 1.

keine Stelle finden läßt, die gegen einen volltitulierten Veräußerer die condictio gewährt — abgesehen von l. 17 pr. D. 6. 1 (s. oben S. 42 ff.). Dieser letztere Grund ist es auch, den Wächter und Hartmann[1]) besonders hervorheben. Es steht dieser Schlußfolgerung jedoch entgegen, daß der Zusammenhang zwischen Ersitzung und Bereicherung aus dem Verkauf der fremden Sache, wie er hier vorausgesetzt wird, nicht nachweisbar, ja wegen der eigenartigen juristischen Natur der Ersitzung nicht einmal wahrscheinlich ist. Das Institut der Usukapion bezweckt keineswegs eine Begünstigung der bona fides als solcher (welche ja auch kein Verdienst ist); denn sonst wäre es nicht zu verstehen, daß gestohlene Sachen selbst in gutgläubigen Händen unersitzbar sind, daß die condicio usucapiendi vom Erblasser auf den Erben übergeht und daß (nach römischem Recht) mala fides superveniens nicht schadet. Zweck der usucapio ist vielmehr, dingliche Rechtsverhältnisse zu schützen und zu festigen, welche schon eine gewisse Zeitdauer hindurch als bestehend, wenn auch mit Unrecht, gegolten haben[2]), und dadurch den Sachenverkehr zu sichern. Wie die Fruchtgewinnung, so hat auch die Veräußerung unter Lukrierung des Kaufpreises mit der Usukapion zu wenig gemeinsam, um eine gleichheitliche Behandlung vermuten zu lassen. Dagegen kann der Umstand, daß die Quellen in den wenigen Stellen, welche von der condictio handeln, stets Besitzer ohne wahren Titel im Auge haben, als rein zufällig nicht in die Wagschale fallen; übrigens findet dieser Umstand teilweise darin seine Erklärung, daß volltitulierte Besitzer meist regreßberechtigt sind und aus diesem Grunde einer Klage nicht unterliegen.

Die Lehre, daß nur der Besitzer mit putativem Titel der condictio sine causa unterliege, krankt übrigens noch empfindlich in einem Punkt, der Ungewißheit darüber, was ein vollgiltiger und was ein putativer Titel sei und wo die Grenze zwischen ihnen liege[3]). Früher definierte man allgemein den Titel als einen zur

---

[1]) Wächter, Erört. Heft 2 Anm. 96, Hartmann a. a. O.

[2]) l. 5 D. 41. 10; s. Stintzing, bona fides und titulus a. Auf., Entwurf von Johow Band 2 ad § 196a, Brinz § 153 Anm. 18.

[3]) Vgl. Savigny, System III S. 372; Fitting, civ. Archiv Band 51 S. 1 ff., Bernhöft, titulus iustus und titulus putativus, bs. S. 21 ff., Stintzing S. 90; Arndts § 159, Brinz § 158 Anm. 12.

Verschaffung des Eigentums an sich, d. h. abgesehen von einem im besonderen Falle entgegenstehenden Hindernis, geeigneten Erwerbsgrund. Dieses „an sich" ist kaum geeignet Klarheit zu geben; denn auch beim allerungenügendsten Erwerbsakt muß doch immer ein Erfordernis des Eigentumserwerb gegeben sein und sei es nur der Besitz, und auch beim unzweifelhaft vollgiltigen Titel muß etwas fehlen, sonst gäbe er Eigentum. Wo ist die Grenze? Savigny nennt den Titel einen solchen Anfang des Besitzes, welcher zwar kein Eigentum gibt — sonst bedürfte es keiner ergänzenden usucapio[1]) —, wohl aber zu geben scheint. Auch diese Definition ist nach doppelter Richtung hin zu beanstanden; es kann ein Ersitzungstitel vorliegen, selbst wenn der Usukapient weiß, daß er nicht Eigentum erworben habe, jedoch das Bewußtsein hat, durch seinen Besitz materiell nicht Unrecht zu thun[2]), und es genügen regelmäßig bloß vollgiltige, nicht scheinbare Geschäfte, um Usukapionsbesitz zu geben.

Bernhöft gesteht zu, daß sich eine völlig genügende Erklärung schwerlich finden lasse. Daß dann, wenn der Erwerb sich auf ein gar nicht vorgekommenes Geschäft stützt, ein Putativtitel vorliegt, ist klar und unwidersprochen; allein in den übrigen Fällen ist es vielfach ungemein schwierig festzustellen, ob der Thatbestand, auf grund dessen die Quellen die Ersitzung in einem konkreten Falle zulassen, einen wahren oder einen putativen Titel vorstellt; und Stintzing (S. 97) ist zu dem Schlusse gekommen, daß ein sicheres Kriterium für die Fixierung des Unterschiedes zwischen vollgiltigem und vermeintlichem Titel in den Quellen vergeblich gesucht werde. Die Lehre vom Titel bei der Ersitzung, sagt Fitting[3]), auf deren Boden ehemals eine so seltene Uebereinstimmung zu finden war, erscheint jetzt als ein Tummelplatz der mannichfaltigsten Meinungen.

Dies nur nebenbei. Im Vorstehenden war immer nur davon die Rede, daß der titulus verus die condictio ausschließe. Goldschmidt l. c. legt auch bei der actio negotiorum gestorum dem

[1]) l. 12. 8 D. 49. 15: quod meum iam usucapere me intellegi non potest.

[2]) l. 25 D. 24. 1, l. 5 pr. D. 41. 7, l. 28 D. 9. 4.

[3]) A. a. O. S. 2 Anm. 2.

titulus verus die Bedeutung bei, daß er von der Haftung frei mache.

5. Eine weitere Gruppe kommt dazu, auch Besitzer mit bloß putativem Titel frei zu lassen. Schon auf die Glosse führt sich eine Theorie zurück, welche bei entgeltlichem Erwerb die Möglichkeit einer Bereicherung durch die Veräußerung verneint[1]) und nur Besitzer mit titulus lucrativus haften läßt. Zu dieser Auffassung bekennen sich Chambon, neg. gestio, Holzschuher, Civilrecht III S. 512 Anm. **, Savigny, System V S. 523, Sintenis II § 109. Allein es ist nicht richtig, daß nur unentgeltliche Erwerber durch entgeltliche Veräußerung sich bereichern; entscheidend ist lediglich, ob der Besitzer Regreßberechtigung hatte oder nicht[2]).

Hier muß auch Ihering noch einmal zu Worte kommen. Er hat nämlich später ganz im stillen, kaum sich selbst es eingestehend, seine und seiner Schule alte Meinung aufgegeben und eine neue Lehre aufgestellt, die in kaum veränderter Form einen ganz neuen Gesichtspunkt einführt[3]). In den „Abhandlungen" erklärt er, wie erinnerlich, denjenigen gutgläubigen Veräußerer für haftfrei, der sich auf einen verus titulus berufen kann; denn ein wahrer Titel sei iusta causa. Es würden demnach der Klage unterliegen diejenigen b. f. possessores, welche die Sache entweder ganz ohne Erwerbsgrund oder mit einem nicht rechtsbeständigen Erwerbsgrund erlangt hätten. Im 16. Bande der Jahrbücher dagegen beschränkt Ihering die Klage plötzlich auf die untitulierten Besitzer, auf die Besitzer ohne jeglichen Erwerbsgrund, er gewährt die condictio nur beim „Mangel eines Erwerbsgrundes in der Person des Besitzers". Ich verstehe darunter, sagt er, nicht den inneren Mangel: die Ungiltigkeit des Rechtsgeschäfts, durch welches der Besitzer den Besitz der Sache erlangt hat, sondern den äußeren Mangel, das Fehlen, nicht den Fehler des Erwerbsaktes; und weiterhin heißt es: wer fremde Sachen durch Rechts-

[1]) Koch, Recht der Forderungen III § 265; vgl. Fitting, civ. Archiv Band 48 S. 345 ff. bei Anm. 140a. Dagegen Johows Entwurf, Sachenrecht II S. 950 ff., Vorbemerkung vor § 195.

[2]) S. oben S. 14 ff.

[3]) Vgl. Eisele, civ. Archiv Band 66 S. 6.

geschäft erhält, haftet dem Eigentümer nie auf Herausgabe dessen, was er damit gewonnen hat[1]). Das ist offenbar gegenüber der unter Nr. 4 aufgeführten eine völlig neue Ansicht, mit welcher Jhering das Erfordernis des titulus verus hat fallen lassen.

Diese neue Theorie gründet sich auf die Meinung Jherings, daß jeder Regreßanspruch mit dem Sachuntergang erlischt[2]). Wenn nun, meint Jhering, dem regreßberechtigten Veräußerer der Erlös vom Eigentümer abgestritten werden könnte, so würde der Veräußerer bei der Unmöglichkeit, den Regreß zu suchen, einen Verlust erleiden, dem er im Falle der Eviktion durch vindicatio nicht ausgesetzt gewesen wäre. Um diese Unbilligkeit zu vermeiden, will Jhering die condictio nur da zulassen, wo das Hindernis, das sich ihr in Gestalt der Regreßfrage entgegenstellt, gar nicht existiert, und das ist, sagt Jhering, gerade der Fall der l. 23 D. 12. 1, auf den ich sie früher beschränkt habe und für den ich sie auch jetzt noch allein für anwendbar halte; nur da, wo der beklagte b. f. possessor keinen autor hatte, den er regredierend in Anspruch nehmen könnte, soll die Bereicherungsklage gestattet werden. Als Beispiel wird genannt die Abgabe der Sache an einen Unrechten, das Stehen- und Liegenlassen von Sachen, die unter die unsrigen gekommen sind und die wir fälschlich für eigene gehalten und veräußert oder konsumiert haben.

Man könnte nach diesen Ausführungen auf den Gedanken kommen, als ob Jhering jeden gutgläubigen Besitzer, der sich auf ein wirklich (nicht bloß vermeintlich) vorgekommenes Erwerbsgeschäft stützen kann, für regreßberechtigt halte. In Wirklichkeit dürfte dies die Meinung Jherings nicht gewesen sein. Dann aber bleibt ein Zwiespalt zwischen der aufgestellten Theorie und der dazu gegebenen Begründung bestehen. Denn wenn jemand von einem Wahnsinnigen kauft oder durch ein ungiltiges Legat erwirbt, so liegt eine Erwerbsthatsache vor, die condictio wäre nach Jhering im Veräußerungsfalle ausgeschlossen; ebenso natürlich bei Erwerb durch Schenkung

---

[1]) Jahrb. 16 S. 304 ff., bs. S. 307, 317. S. auch den Johowschen Entwurf Sachenrecht II § 196 b. γ.

[2]) Das dürfte nicht zutreffend sein, s. Windscheid § 389 mit Anm. 8c, 8d; Jhering Jahrb. Band 12 S. 316 Anm. 4, Band 16 S. 294 ff., 303.

ohne gleichzeitigen Erwerb der Regreßberechtigung. In allen diesen Fällen aber stünde der condictio ein Hindernis in Gestalt der Regreßfrage nicht entgegen.

Bolze schränkt die condictio sine causa bedeutend ein, indem er sie nur zulassen will, wenn die veräußerte Sache vom Eigentümer direkt an den Veräußerer gekommen und auf grund dessen eine persönliche Verpflichtung zwischen dem Eigentümer und dem Veräußerer entstanden ist; er sucht diese Behauptung mit l. 23 D. 12. 1 durch eine Erklärung der Stelle in Einklang zu bringen, welche schon oben (S. 11 f.) als unzulässig zurückgewiesen wurde. Auch bezüglich der Geschäftsführungsklage hat Bolze[1]) eine neue Lehre aufgestellt, wonach die Klage nur gegen solche Besitzer zulässig sein soll, welche nicht in condicione usucapiendi waren. Denn der Ersitzungsbesitzer übertrage sein Recht und müsse daher klagfrei bleiben, gleichgiltig ob die Ersitzung dem Erwerber gelingt oder durch den Sachuntergang vereitelt wird. Wenn die Usukapion vollendet werde, so habe der Ersitzende definitiv nicht vom Eigentümer, sondern aus der Person seines Autors erworben. Selbst wer sich in der Lage befinde, die außerordentliche Ersitzung zu vollenden, müsse aus diesem Grunde im Veräußerungsfalle von der actio negotiorum gestorum verschont bleiben.

Diese Begründung ist unhaltbar. Der Usukapionsbesitzer überträgt auf den Erwerber nicht sein Recht, weil die Ersitzungsmöglichkeit kein zur Uebertragung geeignetes Recht ist; er überträgt ihm nur den Besitz, die übrigen Erfordernisse der Ersitzung muß der Erwerber selbst leisten; nur bezüglich der Ersitzungszeit wurde dem Erwerber später die Vergünstigung gewährt, den Besitz seiner Vorgänger sich zuzurechnen[2]). Auch kann man nicht die Auffassung billigen, als erwerbe infolge der accessio temporis der Usukapient aus der Person seines Autors; denn niemand kann mehr Rechte übertragen, als er selbst hat, und die Ersitzung hat stets als eine ursprüngliche Erwerbsart gegolten. Die Sache, deren Besitz der Usukapient überträgt, ist nicht immer auch ihrem Geld-

[1]) Civ. Arch. Band 78 S. 437 ff., 444.

[2]) Vermutlich erst zur Zeit des Septimius Severus und des Caracalla (198—211), s. § 13 J. II 6),

werte nach in seinem Vermögen gewesen, sondern nur dann, wenn er regreßberechtigter Besitzer war. Nur dieser überträgt ein eigenes Vermögensobjekt.

6. Während die bisher betrachteten Theorien das Hauptgewicht auf die Art und Weise, wie der Veräußerer die Sache seinerzeit erworben hatte, legten, läßt Krüger[1]) den Erwerbstitel nicht ausschließlich entscheidend sein. Seine Lehre ist etwa so zu fassen: Die von einem gutgläubigen Besitzer vollendete Usukapion der fremden Sache ist iusta causa für die Bereicherung aller früheren Besitzer, welche die Sache gutgläubig im Ersitzungsbesitz gehabt haben.

Nach der Krüger'schen Auffassung geht die Klage gegen Nichtusukapienten schlechthin, gegen Usukapionsbesitzer dann, wenn sie sich nicht darauf berufen können, daß einer ihrer Successoren die Usukapion vollendet habe; frei hingegen sind diejenigen Vorgänger des Usukapienten, welche selbst im Stande waren zu ersitzen und also vermutlich ersessen hätten, wenn sie die Sache im Besitz behalten hätten. Die Begründung, die Krüger dazu gibt, lautet folgendermaßen: Man wird vergeblich nach einem Grunde suchen, weshalb der Verkäufer schlechter gestellt sein sollte, welcher ohne den Verkauf die Usukapion selbst vollendet hätte, als der ersitzende Käufer; dieselbe aequitas, welche dem Käufer die Besitzzeit des Verkäufers anrechnete, mußte (?) dahin führen, daß man letzterem die durch die Usukapion des Käufers gewonnene Sicherheit gegen den früheren Eigentümer zu gute kommen ließ; es ist gerade so zu halten, als wäre der Verkauf erst nach der Vollendung der Usukapion erfolgt.

Die ganze Theorie, wie sie uns in dieser Begründung entgegen tritt, steht und fällt mit dem Satze: die Begünstigung, die dem einen zugewendet wird, gebührt auch dem andern; was dem einen recht, ist dem andern billig. Dem gegenüber ist jedoch zu betonen, daß die Rechtsordnung sehr wohl dem einen Vorteile gewähren und sie einem andern in ganz ähnlicher Lage versagen kann, wie z. B. der Besitzer einer res furtiva, auch wenn er alle Erfordernisse der Ersitzung erfüllt hat, nicht ersitzen kann. Uebrigens

[1]) Civ. Archiv Band 63 S. 379 ff.

ist der Verkäufer gar nicht in derselben Lage, wie der ersitzende Abkäufer, so daß auch ihm die Ersitzung zu gute kommen müßte; denn zur Usukapion ist vor allem possessio notwendig und die hat der Veräußerer freiwillig aufgegeben.

Hier kommt gerade wieder die Eigenart der römischen usucapio, welche Krüger verkannt hat, deutlich in Erscheinung, und zwar besteht dieselbe darin, daß die usucapio lediglich dingliche Verhältnisse zu ordnen bestimmt ist[1]). Nur derjenige soll die Vorteile des Instituts genießen, der den Besitz — so war die ursprüngliche Intention — während der vorgeschriebenen Zeit ununterbrochen inne gehabt hat. Die Übertragung der Besitzvorteile auf den Nachfolger ist erst ein Produkt späterer Zeit, und indem man der aequitas zu liebe dieselbe einführte, verwischte man allerdings den ursprünglichen Zweck der Usukapion, die längere Besitzdauer zu begünstigen. Wer aber dieselbe aequitas auch dem Antecessor zu gute kommen lassen will, müßte zunächst den Nachweis liefern, daß die Absicht bestand, auch ihn in seiner Lage zu verbessern, ein Nachweis, der kaum gelingen dürfte. Auch die Fiktion, als habe der Vormann die Ersitzung selbst vollendet, ist nicht am Platze. Überdies spricht l. 1 C. 4. 51 so allgemein, daß man Ursache hat, sie auch auf den Fall zu beziehen, wenn der Veräußerer Ersitzungsbesitz gehabt hat.

7) Die anderen, mit Ausnahme von Eisele, lassen alle veräußernden Besitzer haften, ohne Unterscheidung nach der Art des Erwerbs und selbst wenn sie ein Regreßrecht für den Eviktionsfall hatten. Hier sind wiederum zwei Gruppen zu unterscheiden; die meisten Autoren gestatten dem Besitzer, welcher seinerseits zur Erwerbung der Sache eine Aufwendung gemacht hatte, den Abzug des aufgewendeten Betrages, die anderen gestatten ihn nicht.

Die actio negotiorum gestorum gewähren gegen alle Besitzer ohne Unterschied des Besitztitels Seufferts Archiv Band 7 Nr. 346 und Schweppe, römisches Privatrecht II § 268, 5b unter ausdrücklicher Genehmigung des Abzugs für onerose Erwerber, Archiv Band 14 Nr. 238 ohne Erwähnung des Abzugs. Condictio sine causa geben schlechthin Seufferts Archiv Band 14

[1]) l. 1 D. 41. 3.

Nr. 238, Band 45 Nr. 187, Göppert, Monroy S. 100, Windscheid, Schweppe und Civilgesetzgebungskommission je a. a. O. Den Abzug versagen ausdrücklich Göppert und Windscheid, zwei Fragen § 18 [1]).

Eine eigene Theorie hat Monroy S. 67 ff., der die condictio in weitem Umfange zuläßt, bezüglich der actio negotiorum gestorum aufgestellt. Er sagt ungefähr so: Wenn ein gutgläubiger Besitzer veräußert, so entsteht durch Ratihabition des Eigentümers die obligatio negotii gesti. Die Ratihabition ist aber ausgeschlossen, wenn die Vermögenszugehörigkeit der Handlung bereits feststeht oder ihre Feststellung z. B. wegen Sachuntergangs nicht mehr erreicht werden kann. Denn die Verpflichtung aus der Geschäftsführung beruht wie das Mandat auf beiderseitiger Willensübereinstimmung und die Ratihabition hat als nachträglicher Auftrag zu gelten. Die Ausführungen Monroys stehen jedoch in sichtlichem Widerspruch mit l. ult. D. 3. 5, welche gerade im Falle des Sachuntergangs die actio negotiorum gestorum gewährt.

8) Eisele läßt nicht nur den entgeltlichen Veräußerer, sondern auch denjenigen, der die Sache unter Übernahme der Regreßverhaftung verschenkt, haften, wenn er späterhin vom Eviktionsanspruch befreit wird [2]).

IX.

Einzelpunkte.

1. Umfang der Haftung.

Die vorliegende Abhandlung vertritt den Standpunkt, daß die condictio sine causa höchstens auf den Betrag des Wertes der Sache, die actio negotiorum gestorum auf den vereinnahmten Kaufpreis schlechthin gehe, auch wenn später die Sache minderwertig wird, ohne daß bei beiden Klagen dem regreßlosen Besitzer titulo oneroso der Abzug des eigenen Erwerbsaufwandes zu-

[1]) Vgl. Dernburg, Pandekten I § 225 Anm. 25 und Eisele, civ. Archiv Band 66 S. 8 ff.

[2]) S. 24 oben.

gebilligt werden dürfe. Doch greift diese Haftung nur insoweit Platz, als die Bereicherung des gutgläubigen Veräußerers zur Zeit der Klagerhebung noch fortdauert, quatenus locupletior etiamnunc est. Es trifft die Analogie der l. 5. 18, l. 6, l. 7 D. 24. 1 zu, welche den Satz, daß nur die noch vorhandene Bereicherung kondiciert werden dürfe, für Schenkungen unter Ehegatten aufstellen[1]). Die Haftung cessiert, auch wenn die Bereicherung durch eigene Schuld[2]) und Nachlässigkeit des Beklagten weggefallen ist, arg. l. 25. 11, l. 31. 3 D. 5. 3. Dies gilt nicht nur für die condictio, sondern billigerweise auch für die actio negotiorum gestorum[3]).

Hat der Beklagte auf die Sache retentionsfähige Verwendungen gemacht, so darf er für dieselben Ersatz im Wege des Abzugs oder durch Gegenanspruch fordern, da auch der Regreßlose wenigstens für retentionsfähige Verwendungen einen an die Sache sich knüpfenden Anspruch hat und insoweit die Veräußerung ihn nicht bereichert. Selbst nicht retentionsfähige Impensen berechtigen den Beklagten, einen Abzug zu machen[4]). Auch ist dem Beklagten der Abzug des eigenen Erwerbsaufwandes in dem Falle zuzugestehen, wenn der Beklagte vom Kläger selbst in nichtiger oneroser Weise erworben hat.

2. Klagsubjekte.

Die Frage, wer zur Inanspruchnahme des Veräußerers befugt sei, ist nicht unbestritten[5]). Pfersche sieht den Grund der Klage in der Besitzentziehung und gewährt das Klagerecht deshalb nicht dem Eigentümer, sondern dem Vorbesitzer der Sache. Windscheid[6]) hat mit Recht diese Annahme als willkürlich bezeichnet. Die Klage steht zunächst nur dem Eigentümer zu. Doch können Zweifel entstehen, wenn während der Zeit zwischen der Ver-

[1]) Vgl. l. 26. 12 D. 12. 6 verb. quod ex pretio habes. Goldschmidt a. a. O. S. 236, Jakobi, Jahrb. f. Dogm. Band 4 S. 183, Wächter, Erörterungen II Anm. 94, Witte S. 332, Jahrb. Band 16 S. 291, Motive z. Entw. II S. 836, Protokolle 157. Sitzung 22. December 1882.

[2]) Vgl. hiezu Windscheid § 424 Anm. 3.

[3]) So mit Recht Monroy S. 162.

[4]) Dernburg I § 225 Anm. 25; s. oben S. 31 Anm. 2.

[5]) Hellwig, Diss. S. 83 ff., 1 b, Pfersche S. 82.

[6]) § 422 Anm. 8.

äußerung und dem späteren Wegfall der reivindicatio die Person des Eigentümers gewechselt hat. Demjenigen, der zur Zeit der Veräußerung Eigentümer war, will Hellwig die Klage zusprechen, indem er davon ausgeht, daß die Veräußerung ein Eingriff in fremde Rechte sei und an sich die Haftung begründe. Das ist nicht zu billigen; eine Beeinträchtigung des Eigentümers tritt nicht schon durch die Veräußerung, sondern erst durch die Unmöglichkeit zu vindicieren ein, und daher kann wenigstens die condictio nur dem letzten Eigentümer als Ersatz für seinen Verlust zugestanden werden. Das Gleiche muß für die actio negotiorum gestorum gelten; sie geht als ein Ausfluß des Eigentumsrechtes auf spätere Erwerber über; auch kann nur der derzeitige Eigentümer wirksam ratihabieren, wenn die Sache noch existiert.

Zunächst soll nur der Eigentümer geschützt werden; es wird jedoch keinem Bedenken unterliegen, auch dem publicianischen Besitzer die Klageberechtigung zu gewähren. Denn wenn auch dessen Verhältnis zur Sache nicht stark genug schien, ihn von der Haftung gegenüber dem Eigentümer frei zu sprechen, so ist doch, wo er nicht mit dem Eigentum in Kollision kommt, seine Lage eine so ausgezeichnete und eigentumsähnliche, daß die condictio und die actio negotiorum gestorum ihm zustehen müssen. Doch ist die Klage des publicianisch Berechtigten naturgemäß erfolglos gegenüber solchen Veräußerern, welche sich darauf berufen können, daß sie pari jure wie der Kläger besessen haben[1]).

Beklagter ist derjenige regreßlose Besitzer, der die fremde Sache gegen Entgelt veräußert hat. Wenn durch verschiedene Veräußerungen mehrere gutgläubige Besitzer sich bereichern, so ist unbedenklich jeder derselben der Haftung zu unterwerfen[2]). Man setze: A läßt eine ihm gehörige Sache bei B liegen; B stirbt und sein Erbe C verkauft sie als vermeintlich ererbte an D. Dieser läßt sie demnächst bei E liegen, E stirbt und sein Erbe F verkauft sie als vermeintlich ererbte an G, bei dem sie zu grunde

[1]) l. 9. 4 D. 6. 2, l. 31. 2 D. 19. 1.

[2]) Die Anstellung der actio negotiorum gestorum gegen einen der Veräußerer schließt keineswegs immer eine Genehmigung des von demselben vorgenommenen Verkaufs in sich. Der Eigentümer kann daher auch die Geschäftsführungsklage mehrfach anstellen.

geht. Hier sind zwei, C und F, belangbar, A und D klageberechtigt. A wird die Wahl haben, ob er sich an C oder F halten will; realisiert er den Bereicherungsanspruch gegen C, so wird D gegen F vorgehen können. Hält er sich aber an F, so wird D gegen C mit der actio emti Regreß nehmen. Hier sind die beiden Beklagten regreßlose und titellose Besitzer. Bedenken können entstehen, wenn einer der Veräußerer publicianischer Besitzer ist. A läßt eine ihm gehörige Sache bei B liegen, dessen Erbe C verkauft sie unter pactum de non praestanda evictione an D für 900, D verkauft sie in normaler Weise an E für 1500, bei dem sie zu grunde geht, nachdem sie kurz vorher abgeschätzt und auf 1100 gewertet worden war[1]). Die Entscheidung wird dahin zu lauten haben, daß der Eigentümer wiederum die Wahl haben wird, ob er sich an C oder D halten will; D wird sich nicht mit Erfolg auf seinen vollgiltigen Titel berufen; er kann auch nicht verlangen, daß A zuerst den C und erst subsidiär ihn in Anspruch nehme. Hat A die Klage gegen C auf 900 durchgeführt, so kann er auch noch gegen D vorgehen und ihn auf den ihm noch fehlenden Betrag von 600 belangen. Wendet sich A zuerst gegen den regreßlosen publicianischen Besitzer D, so läßt sich die Frage aufwerfen, ob nicht D das beneficium cedendarum actionum beanspruchen könne, sodaß er sich dann wenigstens bei seinem titellosen Vormann C Schadlosigkeit erholen könnte. Allein so sehr auch die Billigkeit dafür sprechen würde, läßt sich beim Mangel aller Anhaltspunkte die Frage doch nicht bejahen.

3. Beweis.

Zum Beweise[2]) seines Anspruchs hat der Kläger vor allem sein Eigentum oder seine publicianische Berechtigung darzuthun. Zur Anstellung der condictio sine causa ist außerdem der Nachweis der entgeltlichen Veräußerung und des Kausalzusammenhangs zwischen dieser und dem Eigentumsverlust oder der Nichtauffindbarkeit, für die actio negotiorum gestorum nur der Nachweis der ent-

---

[1]) Der Thatbestand ist mit einer Abänderung den Civilrechtsfällen f. d. akad. Gebrauch Heft 1 Nr. 39 entnommen; s. jedoch daselbst i. f.

[2]) Witte S. 332, Jahrb. f. Dogm. Band 4 S. 164 ff. Ziff. 4, Band 16 S. 291, Monroy S. 166, Motive II ad § 739.

geltlichen Veräußerung zu erbringen. Sache des Beklagten muß es sein, den Gegenbeweis zu führen, daß weder eine Bereicherung auf Kosten des Klägers noch eine Geschäftsführung auf seiner Seite vorhanden sei, weil ihm ein Regreßrecht zustand. Ferner kann der Beklagte der condictio wie der actio negotiorum gestorum gegenüber geltend machen, daß der erzielte Erlös bereits ohne Bereicherung konsumiert sei oder daß er Gegenansprüche gegen den Kläger habe.

X.

Heutiges gemeines Recht.

Unter den Bestimmungen des heutigen gemeinen Rechts sind von einschneidender Bedeutung für unsere Frage Art. 306 des Allg. deutschen Handelsgesetzbuchs und § 38 der Reichskonkursordnung.

Zufolge Art. 306 H.-G.-B. erlangt der redliche Erwerber von Waren oder anderen beweglichen Sachen, welche von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb veräußert und übergeben worden sind, das Eigentum an denselben, auch wenn der Veräußerer nicht Eigentümer war. Das früher begründete Eigentum erlischt. Eine Ausnahme von dieser Vergünstigung tritt nur ein, wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren. Sind die veräußerten Gegenstände Papiere auf den Inhaber, so erlangt der redliche Erwerber nach Art. 307 das Eigentum, auch wenn die Veräußerung nicht von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb geschah und die Papiere gestohlen oder verloren waren.

Die Tendenz dieser Vorschriften ist die Sicherung des redlichen Verkehrs [1]). Das gemeine Mibiliarsachenrecht aber ist durch dieselben, wie Goldschmidt sagt, im höchsten Grade gefährdet: genügt ja schon der einmalige Durchgang einer nur nicht gestohlenen oder verlorenen Sache durch den Geschäftsbetrieb eines Kaufmanns,

[1]) Vgl. Protokolle der Nürnberger Konferenz S. 4605 ff.; Goldschmidt, Z. f. H.-R. Band 8 und 9: Ueber den Erwerb dinglicher Rechte vom Nichteigentümer.

um regelmäßig alle dinglichen Rechte an derselben zu vernichten. Hier gewinnt für den Eigentümer die Möglichkeit, den gutgläubigen Veräußerer seiner Sache zu belangen, erhöhte Bedeutung. Ohne Zweifel ist die actio negotiorum gestorum bei entgeltlicher Veräußerung seitens eines regreßlosen Besitzers statthaft. Allein es kann auch die Zulässigkeit der condictio sine causa gegen den regreßlosen Veräußerer keinem Bedenken unterliegen. Wenn je, so ist hier ein Kausalzusammenhang zwischen der Veräußerung und dem Wegfall der Vindikationsmöglichkeit gegeben, da die Veräußerung unbedingt und unmittelbar das bisherige Eigentum zerstört. Das Anwendungsgebiet der condictio sine causa ist demnach heute gegenüber dem römischen Recht erheblich vergrößert.

Beachtung verdient ferner in doppelter Beziehung § 38 der Konkursordnung. Derselbe lautet: „Sind Gegenstände, deren Aussonderung aus der Konkursmasse hätte beansprucht werden können (sc. wenn sie sich zur Zeit der Geltendmachung des Anspruchs in der Masse befunden hätten), vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner oder nach der Eröffnung des Verfahrens von dem Verwalter veräußert worden, so ist der Aussonderungsberechtigte befugt, die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung, soweit diese noch aussteht, zu verlangen. Er kann die Gegenleistung aus der Masse beanspruchen, soweit sie nach der Eröffnung des Verfahrens zu derselben eingezogen worden ist."

Von der Klage auf Herausgabe der „Gegenleistung" sind also diejenigen frei, welche im Augenblick der Klagerhebung die Ersitzung vollendet haben würden, wenn sie den Besitz nicht aufgegeben hätten, denn gegen diese könnte Aussonderung jetzt nicht beansprucht werden[1]). Daraus ergibt sich, daß der Gemeinschuldner, der selbst Usukapionsbesitzer war, gegen den Anspruch aus § 38 cit. gedeckt ist, wenn ein späterer Erwerber der Sache die Ersitzung durchgeführt hat, weil im Nichtveräußerungsfalle auch der Gemeinschuldner jetzt ersessen hätte. Insoferne kommt die vom Nachmann vollendete Usukapion auch dem Vormann zu gute. Dagegen nützt dem Gemeinschuldner die Ersitzung durch den Nachfolger nicht, wenn er keinen Ersitzungsbesitz hatte; und wenn er auch mit

[1]) Vgl. zu § 38 K.O. Hellwig, civ. Archiv Band 68 S. 217—253.

Ersitzungstitel besaß, so geht trotzdem der Anspruch aus § 38 gegen ihn, wenn die Usukapionsfrist noch nicht abgelaufen ist[1]).

Bis hieher zeigt sich eine frappante Aehnlichkeit mit der Ansicht Krügers; allein sofort wird eine bedeutende Verschiedenheit bemerkbar, wenn wir auf den Fall kommen, daß der Veräußerer in condicione usucapiendi war und die Ersitzungszeit abgelaufen ist, jedoch die Ersitzung nicht vollendet wurde, weil dem Successor infolge seiner persönlichen Verhältnisse die Usukapion nicht möglich war: solchenfalls läßt Krüger den b. f. possessor haften, weil er sich nicht auf eine wirklich vollendete Ersitzung stützen kann, der konkursrechtlichen Klage dagegen unterliegt er nicht, da er geltend zu machen vermag, daß er ohne die Veräußerung jetzt das Eigentum ersessen haben würde. Die Konkursordnung erscheint in dieser Hinsicht konsequenter, da sie die Befreiung des Veräußerers von der Klage nicht in Frage gestellt sein läßt durch zufällige, bei Dritten eintretende Umstände, auf die der Veräußerer einen Einfluß zu üben außer stande war.

Noch von einem anderen Gesichtspunkt aus ist § 38 K.O. wichtig. Der Gemeinschuldner wird der Haftung unterworfen, gleichgiltig ob er mit oder ohne Regreßrecht die Sache erworben hatte, ob die Veräußerung vor oder nach der Konkurseröffnung geschah; allerdings ist bei Veräußerung vor der Konkurseröffnung die Klage nur dann von Erfolg, wenn die Gegenleistung noch aussteht oder doch erst nach der Eröffnung des Verfahrens zur Masse eingezogen worden ist[2]). Es kann sich demnach der Fall ergeben, daß der regreßberechtigte gutgläubige Veräußerer, welcher sonst einer Klage des Eigentümers nicht unterliegt, nunmehr mit der Konkurseröffnung plötzlich dem Eigentümer auf die „Gegenleistung" haftbar wird, wenn nämlich der Kauferlös vor der Konkurseröffnung noch nicht vereinnahmt worden ist und der Gemeinschuldner, etwa wegen Sachuntergangs, sich nicht darauf berufen kann, daß er jetzt die Ersitzung vollendet haben würde. Der Eigentümer hat hier nicht

---

[1]) Weil solchenfalls, wenn die Sache noch in der Masse sich befände, deren Aussonderung beansprucht werden könnte.

[2]) Der Aussonderungsberechtigte ist letzterenfalls Massegläubiger K.O. § 52 Ziff. 3.

bloß einen Anspruch, den er außerhalb des Konkurses nicht hätte, sondern sogar noch ein Vorzugsrecht vor den anderen Gläubigern.

So greift § 38 cit. ins bürgerliche Recht ein; er begnügt sich nicht, zu bestimmen, wie ein außerhalb des Konkurses entstandener Anspruch konkursmäßig zu behandeln ist, sondern gibt auch Vorschriften, *wann* ein Anspruch gegen den Veräußerer entsteht[1]). Es dürfte nicht gerechtfertigt sein, den § 38 zum Beweis dafür zu benützen, daß der regreßberechtigte Veräußerer auch abgesehen vom Konkursfalle dem Eigentümer hafte. Wie die in § 38 gewährte Klage zu nennen sei, bleibt zweifelhaft.

XI.

Partikularrechte.

Das bayrische Landrecht[2]) folgt in Gewährung der Eigentumsklage dem römisch-rechtlichen Princip, daß niemand auf einen anderen mehr Recht übertragen könne als er selbst hat. Die Bereicherung mit dem Schaden eines anderen erklärt es für einen allgemeinen Verpflichtungsgrund (IV. 13 § 1 N. 2) und läßt demnach jeden redlichen Besitzer bei Veräußerung wie auch bei sonstiger Verwertung haften, soweit er bereichert ist. Der neue bayrische Entwurf[3]) (III. Art. 175) gibt allerdings ebenfalls allgemein den Bereicherungsanspruch gegen den veräußernden bonae fidei possessor, aber doch nur dann, wenn die Vindikation nicht mehr möglich ist.

Das preußische allgemeine Landrecht[4]) hält in der Behandlung der Eigentumsverfolgung, wie Suarez sagt, den Mittelweg zwischen der römischen und der altdeutschen Theorie; es gestattet die Vindikation principiell auch gegen redliche Besitzer, indem es den Unterschied zwischen anvertrautem und unfreiwillig verlorenem Gut fallen läßt. Allein es macht dem Eigentümer die Auflage, dem redlichen und entgeltlichen Erwerber das zu ersetzen, was

[1]) Hellwig S. 221.
[2]) Johowscher Entwurf, Sachenrecht II S. 952.
[3]) Entwurf eines bgl. G.-B. f. d. Kgr. Bayern, München 1861.
[4]) S. Goldschmidt Z. f. H.-R. Band 8, S. 279 ff.

derselbe für die Sache ausgegeben hat. Der unentgeltliche Erwerber ist schutzlos. Ausgeschlossen ist die Eigentumsklage bei Kauf vom Fiskus, in öffentlicher Versteigerung oder bei einem (zünftigen) Kaufmann. Als Ersatz für diese Erschwerung der Vindikation erhält der Eigentümer gegen redliche Veräußerer seiner Sache den Anspruch auf Ersatz des aus der Veräußerung gezogenen Vorteils, soweit derselbe noch vorhanden ist, innerhalb eines Jahres auch darüber hinaus, soweit derselbe nicht nachweislich durch Zufall verloren ist (I. 15. §§ 28—32), d. h. soweit nicht der Beklagte einredeweise zufälligen Untergang darthut. Voraussetzung dieser Bereicherungsklage ist jedoch, daß der Eigentümer auf andere Art nicht vollständig entschädigt werden kann.

Sehr günstig für den Besitzer ist das französische Recht (code civil art. 2279. 2280), das den Verkehrsinteressen am weitesten entgegenkommt[1]). Gegen Dritte ist ein dinglicher Anspruch der Regel nach unmöglich, nur gestohlene oder verlorene Sachen unterliegen drei Jahre lang der Vindikation; waren sie aber auf offenem Markt, in öffentlicher Versteigerung oder bei einem Kaufmann gekauft, so obliegt dem Vindikanten die Lösungspflicht. Trotz dieser weitgehenden Einschränkung der Vindikation hat das französische Recht es aber nicht für nötig erachtet, dem geschädigten Eigentümer eine Klage gegen den Veräußerer ausdrücklich zu sichern[2]).

In der Mitte zwischen dem preußischen und dem französischen Recht steht das österreichische bgl. Gesetzbuch, was die Zulässigkeit der Vindikation angeht (§ 366 ff.); die Eigentumsklage ist nämlich unstatthaft gegen den redlichen Besitzer, welcher beweist, entweder daß er die Sache, sei sie auch gestohlen oder verloren, in öffentlicher Versteigerung oder bei einem Kaufmann erworben habe — oder daß er die Sache gegen Entgelt von demjenigen erworben habe, dem sie der Eigentümer anvertraut hatte. Auch im österreichischen Rechte fehlt hingegen eine Bestimmung über die Haftung des redlichen Veräußerers und in der Judikatur ist eine Einhelligkeit nicht zu finden[3]).

[1]) S. auch art. 2279: en fait de meubles etc.

[2]) Hellwig, civ. Archiv Band 68 S. 220.

[3]) Goldschmidt, a. a. O. Band 8 S. 287.

Das sächsische Recht endlich schließt die Eigentumsverfolgung — abgesehen von Geld — auch dem redlichen Besitzer gegenüber nicht aus, nur besteht Lösungspflicht (315), wenn der Erwerb stattfand im Meß- oder Marktverkehr, in öffentlicher Versteigerung oder bei einem Kaufmann. Der redliche Veräußerer wird wohl nach § 1342 zu haften haben, der die actio negotiorum gestorum auch gegen denjenigen gestattet, der fremde Geschäfte im Glauben, es seien eigene, besorgt[1]).

Von ebenso großer Wichtigkeit, wie Art. 306 H.-G.-B. auf dem Gebiete des Mobiliarsachenrechts, sind für das Immobiliarsachenrecht die partikularrechtlichen Bestimmungen moderner Grundbuchordnungen[2]), wonach alle äußerlich formgerechten, auf den dinglichen Rechtszustand eines Grundstückes sich beziehenden Eintragungen zu gunsten redlicher Dritter formellen Beweis machen, auch wenn sie materiell unrichtig sind, so daß selbst das Eigentum am Grundstück durch Verfügung seitens eines Nichtberechtigten erworben werden kann. Dem gewesenen Eigentümer steht gemeinrechtlich die actio negotiorum gestorum und die condictio sine causa gegen den regreßlosen Veräußerer zu, dessen Bereicherung offensichtlich auf Kosten des gewesenen Eigentümers gewonnen ist.

XII.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.

Der Entwurf[3]) steht auf dem Standpunkte der Bereicherungsklage. In § 796 des Entwurfs in der Fassung der dem Reichstag am 17. Januar 1896 gemachten Vorlage (§ 748 des Entwurfs der I., § 737 Abs. 1 der II. Lesung) ist bestimmt:

Wer durch die Leistung eines andern oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet.

---

[1]) Goldschmidt S. 290 ff.

[2]) S. Motive z. Entw. III S. 9 ff.

[3]) Zweite Lesung s. im Archiv f. d. civ. Praxis Band 80 und 82; vgl. auch die Vorarbeiten zur 1. Lesung.

es in den Motiven[1]), trifft den Eigentümer und es liegt in der Nebenwirkung dieser Vorgänge kein Grund, den Veräußerer zur Herausgabe des Vorteils zu verpflichten.

Das System des neuen Gesetzbuchs ist demnach das folgende: Wer in den Besitz der fremden Sache kam, ohne daß ihm ein Erwerbungsgrund zur Seite stand, kann in doppelter Weise gegen Entgelt veräußern, — entweder so, daß sein Abkäufer gemäß § 916 (I 877, II 846) ff. Eigentum erlangt: dann ist seine Haftung sofort begründet, denn die Sache geht durch die Handlung, durch die er sich bereichert, aus dem Vermögen des bisherigen Eigentümers heraus, er erlangt den Vorteil auf dessen Kosten, — oder so, daß das alte Eigentum bestehen bleibt: dann unterliegt er der Klage überhaupt nicht, darf also die Bereicherung behalten. Die Stellung desjenigen b. f. possessor, der durch Rechtsgeschäft erwirbt, bona fides in dem vom Entwurfe geforderten Umfang vorausgesetzt, gegenüber der Bereicherungsklage ist eine sehr einfache: er wird Eigentümer und ist daher, wenn er veräußert, von jeder Klage des gewesenen Eigentümers frei[2]). Doch gilt das nicht bei unentgeltlichem Erwerb; hier trifft gemäß § 800 den Erwerber die Verpflichtung auf Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten. Veräußert der Erwerber titulo lucrativo wiederum unentgeltlich weiter, so geht die Haftung zufolge § 806 auf den Dritterwerber über.

Zu beachten ist die Behandlung desjenigen b. f. possessor, der sich zwar auf einen Erwerbungsgrund stützt, aber das Eigentum nicht erwarb, weil die Sache gestohlen oder verloren war. Wird sein Successor, wie es der Regel nach der Fall sein wird, durch die Veräußerung wieder nicht Eigentümer, so bleibt er frei; erlangt jedoch der Abkäufer Eigentum (sc. in einer Versteigerung), so haftet der Veräußerer dem bisherigen Eigentümer, und zwar gleichgiltig, ob sein Besitz sich auf ein Regreßrecht gestützt hatte oder nicht.

Das System des neuen bürgerlichen Gesetzbuchs ist nicht folgerichtig aufgebaut. Insbesondere die von Windscheid herübergenommene Bestimmung, daß der Veräußerer haften solle ohne

---

[1]) III S. 401 i f., Protokolle S. 4229; vgl. oben S. 22.

[2]) Motive II S. 853.

Rücksicht darauf, ob er im Eviktionsfalle den Regreßanspruch hatte oder nicht, enthält eine große Härte gegen denselben. Allerdings gab man ihm die Möglichkeit, was ihm mit der condictio genommen wird, im Regreßwege zurückzuerlangen, indem man die Abforderung der „Bereicherung" als nachträgliche Eviktion gelten lassen wollte [1]; allein es wäre nicht bloß zweckmäßig, sondern nach den im Laufe vorliegender Abhandlung gegebenen Ausführungen das einzig Richtige gewesen, den Eigentümer gleich an denjenigen in der Reihe der veräußernden Besitzer zu verweisen, bei dem wirklich eine Bereicherung auf des Klägers Kosten gezogen ist, an den regreßlosen. Auch ist das Erfordernis des Kausalzusammenhangs nicht ganz zutreffend aufgefaßt.

Die Zulässigkeit der actio negotiorum gestorum gegen den gutgläubigen Veräußerer ist im Entwurfe leider gar nicht anerkannt, so daß bei Veräußerungen, welche die condictio sine causa nicht begründen, eine Klage überhaupt nicht Platz greift. Daher muß das System des Entwurfs als unbefriedigend bezeichnet werden.

[1] Protokolle S. 4227.